الأستاذ الدكتور
مصطفى محمد عرجاوى
أستاذ القانون المدنى
ورئيس قسم القانون الخاص
كلية الشريعة والقانون بدمنهور
المحامى بالنقض والإدارية العليا

النظرية العامة للقانون

● يتناول هذا الكتاب:
التعريف بالقاعدة القانونية ومايميزها عن غيرها من القواعد الإجتماعية الأخرى .
● مصادر القاعدة القانونية ومركز الشريعة الإسلامية فيها بعد النص فى الدستور المصرى الدائم على أن مبادئها المصدر الرئيسى للتشريع .
● أنواع القواعد القانونية وتقسيماتها المختلفة .
● تطبيق القانون من خلال الجهاز القضائى المختص ونطاق هذا التطبيق من حيث الزمان والمكان .

الإهداء

إلى من أعطى فى صمت .. وما زال يعطى فى سخاء عطاء من ينشد السعادة لكل الناس .. ولا ينتظر جزاء من مخلوق .

إلى الأبوة فى كل خصالها النبيلة .. وصفاتها الكريمة وتضحياتها العظيمة .. وكفاحها المستمر ..

إلى هذه المعانى كلها التى أقدرها فى الرجال .. وأطالع محيـاها البشوش فى وجه (أبى) فإليه وإلى نظرائه أهدى هذا المؤلف .

مصطفى

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله وحده لا شريك له .. والصلاة والسلام على من لا نبى بعده سيدنا محمد صلى الله عليه وآله وسلم ..

وبعد ..

فهذ خلاصة موجزة لمحاضراتنا فى النظرية العامة للقانون التى تلقى على طلاب الفرقة الأولى بكليات الشريعة والقانون بجامعة الأزهر توخيت فيها التبسيط والإيجاز غير المخل حتى يتيسر لهم السبيل إلى التحصيل .. ولكى يقبلوا على دراسة القانون بشغف ونهم ينمى فيهم العقلية القانونية بجوار ما شربوه من معين الشريعة الاسلامية الغراء ليتمكنوا بتوفيق الله فى المستقبل من إحلال الشريعة الاسلامية محل القوانين الوضعية التى تقصر أحيانا عن معالجة العديد من الأوضاع الإنسانية والاجتماعية ، وطالب الشريعة والقانون يدرك أن الحكم على الشىء فرع عن تصوره ، والمدخل إلى دراسة العلوم القانونية (نظرية القانون ، ونظرية الحق) يلقى الضوء على هذه العلوم ، ويوضح فى إيجاز مضمون ما سيدرسه الطالب فى مستقبل حياته الدراسية ، فى ظلال الشريعة والقانون من نظم قانونية فى صورة مبسطة ، ميسرة ، مجملة ، ومن ثم فإن الرجوع إلى هذه الدراسة الموجزة لا يغنى الطالب عن متابعة المحاضرات ، بل ينبغى عليه وفقا لأصول الدراسة الجامعية ألا يقنع بما يلقى عليه فى الدرس من

معلومات وإنما يعمد إلى الاطلاع فى المصادر والمراجع التى تضمن له إحاطة أوفى بالموضوع الذى يتناوله ، لأن هذه المصادر الخارجية تقدم له طرقا مختلفة فى التفكير والتبويب فتنمو بذلك مواهبه .. وتذكو عنده ملكة التأمل والاستنباط .. وتلك غاية الدراسة فى الجامعة غالبا .

لذا آمل أن تحقق بفضل الله هذه المحاضرات للطالب الفائدة التى نرجوها له والله الموفق لما فيه الصواب وهو سبحانه وتعالى من وراء القصد .

القاهرة فى محرم ١٤٠٥ هـ ــ أكتوبر ١٩٨٤ م .

د. مصطفى محمد عرجاوى

تمهيد

١ — القانون والحياة الاجتماعية :

خلق الانسان ليعيش فى مجتمع ، فلم يعد العقل البشرى يقبل بخرافة الانسان المنفرد أو المنعزل عن سائر الناس ، فالانسان المنفرد ليس إلا فرضا فلسفيا لا حقيقة له ، لأنه لا يكتسب صفته الآدمية إلا فى مجتمع ، فهو يولد فى المجتمع ولا يعيش إلا فيه ، وهكذا كتب على الإنسان السوى أن يعيش فى المجتمع شاء أو لم يشأ ، ومن حياته فى المجتمع تنشأ بينه وبين غيره روابط متعددة وعلاقات مختلفة فى كل لحظة من لحظات حياته ، فلا مناص له من أن يأخذ ويعطى ليشبع حاجاته كانسان ويصرف ما يتوافر له من إمكانيات . وهذا الاشباع والتصريف يتخذ مظهرا اجتماعيا يدفع الفرد إلى الدخول فى علاقات مع غيره .

والانسان فى علاقته مع غيره قد يتصرف وفق ما يمليه عليه هواه وصالحه وقد تدفعه أثرة جامحة أو تغريه قوة طائشة ، فتمتد يده بالافتآت والعدوان على ثروات الغير . ومن يدرى فلعل هذا الغير يبادله أثره بأثره وقوة بقوة مما يؤدى حتما إلى اضطراب المجتمع وانتشار الفوضى والغوغاء[1] .

من هنا لا مفر من أن يرسم المجتمع لكل إنسان حدودا تبين فى جلاء ما له من حقوق وما عليه من واجبات ، وذلك فى نطاق روابط الأسرة ،

---

(١) راجع : د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون ط ١٩٧٠ فقرة ١ ، و د. عبد الناصر العطار فى مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ط ١٩٧٩ فقرة ١، و د. حمدى عبد الرحمن فىفكرة القانون ط ١٩٧٩ ص ٣ ، و د. محمد بدر فى تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ط ١٩٧٦ ص ٥ وما بعدها .

والروابط الاقتصادية ، والروابط السياسية أو العامة ، وقد تم نتيجة خبرة أجيال طويلة رسم حدود علاقات الفرد مع غيره ، وقد تعاون فى رسم هذه الحدود عوامل عديدة منها الدينية والأخلاقية والطبيعية ... والقانونية . بيد أن العوامل القانونية — فى نظر فقهاء القانون — هى أكثر هذه العوامل قدرة على تحديد سلوك الأفراد لما يتوافر فيها من عنصر الالزام الذى يحميه القانون عند الاقتضاء [1] . مع أن الشريعة الاسلامية فى نظر كل فقيه منصف هى الأولى بالتطبيق لأنها أدق وأحكم وأشمل .

وهكذا يظهر لنا أن القانون عند من يقولون به يعد ضرورة اجتماعية لابد منها لقيام المجتمع فإذا لم يوجد المجتمع فلن يكون للقانون أى وجود ولا أى معنى أو فائدة . أما إذا كان هناك مجتمع فإنه لا مناص من وجود القانون ، بغض النظر عن شكل الحكم فى هذا المجتمع [2] .

والقانون يخاطب أفراد المجتمع عن طريق تخطيط قواعد سلوكية مجردة يلتزمها كل من يريد تحقيق غاية معينة أو من يوجد فى مركز معين . فمثلا كل شخص يرغب بحسب الفطرة الصحيحة التى فطر الله النـاس عليها أن يكوّن أسرة ، وهذا لا يتأتى شرعا إلا عن طريق الزواج . ولتحقيق ذلك قامت قواعد شرعية وقانونية تنظم انشاء الزواج وتحـدد حقوق وواجبات كل من الزوجين ، وكيف ومتى تنتهى رابطة الزوجية ؟؟ والآثار المترتبة على انتهاء الزواج .. هذا من ناحية [3] .

---

(١) د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ص ٤ ط ١٩٧٢

(٢) راجع : د. منصور مصطفى منصور فى دروس فى المدخل ط ١٩٧٢ فقرة ٤ ص ٨ وما بعدها ، د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون ط ١٩٧٠ ص ٩

(٣) راجع : د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون ط ١٩٧٠ ص ٧، د. احمد سلامة فى المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧٨ فقرة ١ ص ٥ و ٦ ، د. عبد الناصر العطار فى مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ط ١٩٧٩ ص ٢ و ٣

ومن ناحية أخرى فإن الانسان لا يستطيع أن يسد حاجاته المعيشية بنفسه مع تقدم الحياة وتطورها ، لأن المجتمع يقوم فى الأساس على مبدأ تقسيم العمل ، فكل جماعة فيه تتخصص فى القيام بعمل معين فى فرع من فروع الإنتاج ، والناس بعد ذلك يتبادلون الخدمات . وهكذا تنشأ من هذه المعاملات والمبادلات علاقات اقتصادية ، وهى بلا ريب تختلف عن الروابط الأسرية أو العائلية لأنها لا تتعلق بالشخص نفسه وإنما تتعلق بالمال أى روابط لها طابعا ماليا ، وهى تستلزم قواعد قانونية أيضا تحكمها [١] .

وأخيرا وفى جميع الأحوال فلا مفر من وجود سلطة عليا يكون لها أن تلزم الناس باتباع قدر معين من السلوك الذى ارتضاه المجتمع عبر أجياله الضاربة فى أغوار الزمن ، تلك السلطة العليا هى التى يناط بها حفظ الأمن ، وتحقيق التعايش ، وسد حاجيات الأفراد ، تلك السلطة يجمع بينها وبين الأفراد روابط معينة يطلق عليها الروابط العامة أو الروابط السياسية وذلك فى مقابلة الروابط الخاصة التى تربط بين أفراد المجتمع . فالقانون إذن ضرورة تفرضها الحياة فى المجتمع لا يمكن الاستغناء عنه ولذلك قيل بحق : « يوجد القانون حيثما يوجد المجتمع » [٢] .

٢ — تعريف القانون وضرورته :

القانون يمكن تعريفه بأنه مجموعة القواعد التى تحكم الروابط الاجتماعية والتى يجبر الأفراد على اتباعها بالقوة عند الاقتضاء [٣] .

---

(١) راجع : د. عبد المنعم البدراوى فى المرجع السابق ص ٨ ، د. محمود جمال الدين زكى فى دروس فى مقدمة الدراسات القانونية ط ١٩٦٤ فقرة ١١ ص ٣٢

(٢) راجع : د. عبد المنعم البدراوى المرجع السابق ص ٩ ، د. منصور مصطفى منصور فى دروس فى المدخل ط ١٩٧٢ فقرة ٤

(٣) راجع : د. عبد المنعم البدراوى المرجع السابق فقرة ٢ ،

وكذلك يمكننا أن نقول أن القانون جملة قواعد وضعت لتنظيم الروابط الاجتماعية والتى تقوم الدولة باجبار الأفراد على اتباعها بالقوة عند الاقتضاء [1] .

ولا شك على الاطلاق فى ضرورة وأهمية هذه القواعد القانونية ، لأنها تعد بمثابة الحصن والسياج الذى يحمى مصالح الأفراد ، ولولاه لعمت الفوضى وحكمت القوة وتحكمت ، وسادت شريعة الغاب وعم الاضطراب فالقانون لذلك يعد من الأهمية والضرورة للمجتمع بصورة لا تسمح بتجاهلها لأنه هو أساس النظام فى كل المجتمعات .

وبغض النظر عن تخلف المجتمع أو تقدمه فان القانون يعد ضرورة بالنسبة لجميع المجتمعات ، حتى فى المجتمعات البدائية نجد الأفراد قد اصطلحوا على مجموعة من القواعد نشأت نتيجة التقليد والعرف ، وجعلوا منها أساسا لحياتهم المشتركة ، وقد تنوعت هذه القواعد فمنها ما يحدد علاقة أفراد الأسرة بعضهم ببعض ، ومنها ما يحدد الأفعال المشروعة وغير المشروعة .. وقد وضع لهذه القواعد جميعا جزاء يترتب على مخالفتها وأثر ينشأ عند الخروج عليها ، وهكذا يبين لنا مدى أهمية القانون وضرورته لقيام المجتمعات سواء أكانت بدائية أو متقدمة [2] . وبالقطع كل

=

و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ ص ٧ و ٨ ، د. عبد الناصر العطار فى مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية فقرة ١٨ ص ٦٣

(١) د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون ط ١٩٧٠ — فقرة ٤

(٢) راجع : د. عبد الناصر العطار ص ٣ فى المرجع السابق الاشارة إليه، د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ ص ٤ ، د. عبد المنعم البدراوى فى المرجع السابق ص ١٠ .

يلاحظ فى هذا الصدد انه قد يثور سؤال حول ما إذا كان وجود الحياة الاجتماعية فى حد ذاته يقتضى وجود القانون ، أم ان ذلك لا يكفى وحده بل يستلزم انتظام المجتمع فى اطار الدولة كوحدة سياسية متميزة ؟ تشعبت الآراء

=

ذلك بالنسبة للمجتمعات غير المسلمة ، أما من يخضعون للرعوية الاسلامية فانهم لا يحتاجون إلى مثل هذه القوانين لأن النظام الاسلامى يكفل لهم بقواعده ومبادئه الحياة المثالية التى عرفها المجتمع الاسلامى فى أكثر من اثنتى عشرة قرنا ولا ينقصه فى زماننا ســوى التطبيق فحسب ، والأمة الاسلامية كلها تعيش على هذا الأمل [1] .

=

فى هذا الموضوع ، فذهبت بعض الآراء إلى أن القانون لا يتصور فى المجتمعات البدائية على الاطلاق ، لأنه يلزم لمجرد تصوره قيام دولة وبروزها فى صورة متكاملة لأن القانون تصدره السلطة السياسية وهى لا يمكن تصورها إلا فى اطار دولة ، فاذا انعدمت لا يمكن تصور وجود قانون يحكمها فى هذه الحالة (هيجــل ، كارل مارس (Ecole Moniste) . وذهب اتجـــاه آخــر (Ecole Plur Aliste) إلى أن اية جماعة أو تجمع بشرى يمكنه أن يضع لنفسه قواعد قانونية بالمعنى الصحيح بغض النظر عن وجود تنظيم سياسى أو لا . ويؤيد هذا الاتجاه الأخير علماء الاجتماع الذين لاحظوا فى واقع التطور التاريخى والاجتماعى ما يؤكد وجود القواعد القانونية ، وأنها وجدت ويمكن أن توجد خارج نطاق السلطة السياسية ، وهذه الحقيقة لها بعض المظاهر فى المجتمع الحديث : فالقواعد الدينية تنظم فى بعض المجتمعات القديمة والحديثة شئون الحياة ، مع أنها لم تصدر عن السلطة السياسية ، كذلك الحـــال بالنسبة لقواعد القانون الدولى .. وغيرها من القواعد الاخلاقية وقواعد المجاملات التى عندما أضفت على بعضها الجماعات سلطان الالزام فأصبحت بعضها قواعد قانونية ملزمة ... وهكذا . راجع :

— Levy - Bruhl, Socialogie du Droit, Paris 1961 P. 24 ets. Aspects, Sociologiques de droit Paris 1955 P. 11

مشار إليه فى فكرة القانون للدكتور حمدى عبد الرحمن ط ١٩٧٩ ص ٤ هامش ١

(١) راجع فى مبررات تطبيق الشريعة الإسلامية وعوامله ووسائله مؤلف استاذنا الدكتور عبد الناصر العطار مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ط ١٩٧٩ من فقرة ٣ — فقرة ١٧ ، وايضا بحثه فى احكام العقود فى الشريعة الإسلامية والقانون المدنى — عقد البيع ، وانظر فى هذا المعنى د. محمد سلام مدكور فى (وجوب تطبيق الشريعة الإسلامية) بحث منشور بمجلة قضايا الحكومة س ٢١ العدد الأول ص ٥ وما بعدها . و د. جمــال الدين محمد محمود فى قضية العودة إلى الإسلام فى الدولة والمجتمع ط ١٩٧٦

=

٣ — وظيفة القانون :

ظهر لنا أن القانون ينشأ فى المجتمع ويوجد فيه حتى لا تعم الفوضى ويضطرب الأمن ، لأن وظيفة القانون هى العمل على أن يعيش كل الأفراد فى المجتمع فى أمن وسلام وذلك بالتوفيق بين أنشطتهم واقرار النظام فيما بينهم ، ولكى يحقق القانون قيام النظام الاجتماعى المنشود يجب أن يراعى فيه عدة اعتبارات •

أولها : وجود شكل يسمح باقامة التوازن بين الروابط الاجتماعية ويكفل تماسك المجتمع على أن يعتمد ذلك على سلطة يمكنها أن توقف كل من تحدثه نفسه بالخروج على المجتمع •

ثانيها : أن يهدف القانون إلى تحقيق الحاجات الضرورية لبقاء الجماعة وهى ولاشك تختلف باختلاف المدنيات وباختلاف الأزمان والمعتقدات •

ثالثها : أن يكون النظام الاجتماعى — فى حالة حركة تسمح بمسايرة ظروف الحياة المتغيرة فلا يكون القانون جامدا أو متجمدا بل يراعى دائما التغير والتجدد وفق ظروف الحياة الاجتماعية ويوفق بين النزعات المجددة والنزعات المحافظة ، ويقيم التوازن بين السلطات العامة والحريات الشخصية أو الفردية • وإذا ما حقق القانون ذلك فانه يعد نظاما مقبولا ومحترما من الجميع ، وإذا أخفق فى تحقيق أحد هذه المبادىء فانه يكون

=

ص ٣٢٣ وما بعدها ، و د• صوفى حسن ابو طالب فى تطبيق الشريعة فى البلاد العربية ط ١٩٧٧ ص ١٤ وما بعدها . وهناك العديد من المؤلفات التى صدرت فى هذا المعنى وتؤكد على اهمية وضرورة تطبيق الشريعة الإسلامية فى جميع البلاد العربية والإسلامية ، واغلبها غنى عن الاشارة إليه كرسائل الماجستير والدكتوراه فى كلية الشريعة والقانون بالقاهرة واسيوط والرسائل الجامعية فى كافة كليات الحقوق المصرية والتى تتناول الدراسات الشرعية فى الفقه المقارن او فى اقسام الشريعة ... الخ .

مقصرا وعاجزا عن تحقيق وظيفته وقد يؤدى ذلك إلى نبذه وثورة الرأى العام عليه لأنه فى النهاية لا يصح إلا الصحيح [١].

٤ — القانون والحق :

لسلوك الفرد فى المجتمع مظهرين ، الأول : مظهر القاعدة التى يسير عليها الفرد ، والثانى : مظهر الاستئثار بقيمة معينة لا يشاركه فيها سواه ويطلق على الأول لفظ « القانون » وعلى الأخير كلمة « الحق » ، فالقانون والحق متلازمان ومتكاملان فيعكسان معا صورة الحياة القانونية للمجتمع التى لا توجد إلا معهما ، لأن القاعدة القانونية هى التى تبين الحقوق وتحددها وتحميها وغاية أى مجتمع أو تنظيم اجتماعى أن يتمتع كل فرد فيه بحقه على أساس من المساواة والعدل ، والقاعدة القانونية هى وسيلة تحقيق ذلك عن طريق التزام أو إلزام كل فرد بمراعاتها [٢].

---

(١) راجع : د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون ط ١٩٧٠ فقرة ٣؛ د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ ص ٥؛ د. عبد الناصر العطار فى مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ط ١٩٧٩ فقرة ٢٧

(٢) راجع : د. محمود جمال الدين زكى فى دروس فى مقدمة الدراسات القانونية ط ١٩٦٤ فقرة ١١ ص ٣٢ ، و د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون فقرة ٤ ، و د. منصور مصطفى منصور فى دروس فى المدخل ط ١٩٧٢ فقرة ٤ ص ٨ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ص ٦ و ٧ .

يلاحظ أننا فى لغتنا العربية نستخدم لفظتى « القانون » و « الحق » وكل واحدة منهما لها مدلولها الخاص الذى يختلف عن الأخرى بصورة واضحة. وكذلك فى اللغة الإنجليزية بين لفظتى القانون والحق فيطلقون على القانون Law وعلى الحق right . أما الفرنسيون فنظرا لأنهم يستعملون لفظة واحدة للدلالة على القانون والحق معا هى لفظة Droit ، فانهم يضيفون إليها وصف Subjectif عندما يقصدون « الحق » ووصف Objectif عندما يقصدون « القانون » وكثيرا مالا يضيفون لأيهما أحد هذين الوصفين عندما يظهر المقصود من سياق الكلام ، وعندئذ فى الغالب يكتبون لفظة Droit بحرف D الكبير للدلالة على أن المقصود بها هو القانون . راجع د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون ١٩٧٠ ص ١٢ .

ويبين لنا مدى قوة العلاقة بين القانون والحق ، فلنأخذ أى قاعدة قانونية معينة ، وننظر إليهـا من حيث تطبيقها ، أي من حيث مخاطبتها لشخص معين ، فانا نجدها تعطى الفرد الذى تنطبق عليه ميزة معينة أو تضمن له قمية معينة أو تفرض عليه مسلكا معينا ، وهذه المزايا أو القيم ما هى إلا ما نسميه نحن بالحق أو ما اصطلح على تسميته بالحق ، كمـا أن وجوب اتخاذ موقف معين يسمى واجبا ، وعليه كما ذكرنا يتضح لنـا أن الحق والواجب ما هما إلا أثر لتطبيق القاعدة القانونية فالعلاقة القائمة بينهما لا تنفصم ، لأن الحقوق لا توجد ولا تحترم إلا فى ظل تنظيم قانونى ، وما لم توجد قواعد قانونية تبين لك فى جلاء ما لك وما عليك فلن يكون لك أو لغيرك حق من الحقوق . فغاية القانون هى تنظيم الحقوق ولا يتحقق ذلك إلا بتوافر عنصر الإلزام فى القانون ، فالقـانون والحق متلازمان ومتكاملان بينهما رابطة قوية لا يمكن فصم عراها بصورة شاملة[1] .

٥ — المعانى المختلفة لكلمة « قانون » والصفات التى تلحقها :

لكلمة « قانون » معانى مختلفة فمن الناحية اللغوية جاء فى كتب اللغة أن لفظة « قانون » مفرد قوانين وتعنى الأصول أو مقياس كل شىء ، وأن الكلمة ليست عربية . كما يتصل بهذا المعنى اللغوى ما أعطى للكلمة من مدلول فى الطبيعيات والفلسفة ، فهى تعنى الخضوع لنظام ثابت ، فاذا قلت قانون السكون والحركة أفاد ذلك أن كل شىء ساكن يظل ساكنا

---

(١) راجع : د. احمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن فى الوجيز فى المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧٠ ص ٢٢ و د. عبد المنعم البدراوى فى المرجع السابق ص ١٢ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القـانون ط ١٩٧٩ ص ٦ و ٧ و د. عبد الناصر العطار فى مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية فقرة ٢٧

وكل شيء متحرك يبقى متحركا ما لم تؤثر فيه قوة خارجية وهـذا هو (قانون نيوتن الأول)[١] .

ومن ناحية المعنى الذى يعطى للقانون فى دراسة « القانون » تستعمل الكلمة بمدلولين أحدهما واسع والآخر ضيق . فيعنى المدلول الأول لاستعمال الكلمة كل قاعدة عامة ملزمة أيا ما كان مصـدرها ، أو هى مجموعة القواعد القانونية التى تحكم الروابط الاجتماعية فى جملتها وفى هذا المعنى يقال « القانون الوضعى » ، ويقال « كلية القانون » ويقال أيضا « علم القانون »[٢] .

وقد تستعمل لفظة (القانون) للدلالة على فرع معين من فروع القانون الوضعى : فيقال القانون الدولى العام ، والقانون المدنى ، والقانون التجارى ، ويقصد بها فى هذه الحالة مجموعة القواعد القانونية التى تحكم أو تنظم ناحية معينة من نواحى النشاط الانسانى فى المجتمع ، كالنشاط الدولى أو المدنى أو التجارى .

وقد تستعمل كلمة (قانون) ويقصد بها (التقنين) أى مجموعة المواد أو النصوص الخاصة بفرع معين من فروع القانون فيقال مثـلا « نصت المـادة الخامسة من القانون التجارى على كذا ... » ويراد

---

(١) مختار الصحاح للرازى ص ٥٥٣ مادة (ق ن ن) طبعة دار الفكر سنة ١٩٨١ ، ترتيب القاموس المحيط للأستاذ الطاهر احمد الرازى جـ ٣ ص ٧٠٥ مادة (ق ن ن) الطبعة الثالثة بمطبعة دار الفكر ببيروت .

(٢) يعبر فى اللغة اللاتينية عن القانون بكلمة «Directus» ، وهى مشتقة من «Rectus» اى المستقيم ، وقد انتقل هذا المعنى إلى القانون الفرنسى حيث يسمى القانون «Droit» اى الطريقة المستقيمة انظر Larousse قاموس فرنسى مادة CANON .

هذا وقد يطلق على القانون فى فرنسا لفظ Loi ويعنى هذا اللفظ فى الغالب القانون الصادر من السلطة التشريعية ، انظر د. عبد النـاصر العطار فى المرجع السابق ص ٦٢ وهامش ١ و ٢ .

بلفظ (قانون) فى هذا المثال مجموعة القانون التجارى وهكذا وهى ترادف بالفرنسية لفظ Code[1] .

أما المدلول الضيق الذى تستعمل فيه كلمة (قانون) فذلك عندما يقصد بها (التشريع) الصادر من السلطة التشريعية فيقال مثلا القانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ أى التشريع الذى يحمل هذا الرقم من سنة ١٩٥٢ ، ويقال أيضا قانون الشهر العقارى أو قانون مجلس الدولة ، أو قانون تنظيم الجامعات ، أو قانون الأحوال الشخصية ويراد التشريع المنظم للشهر العقارى ، أو التشريع المنظم لمجلس الدولة ، أو التشريع المنظم للجامعات ، أو التشريع المنظم للأحوال الشخصية ولا شك أن التشريع أخص من (القانون) فى مدلوله الأول الواسع ، لأن التشريع ليس سوى أحد مصادر القانون ، وتقوم إلى جانبه مصادر أخرى تساهم فى وضع القواعد القانونية أو إنشائها .

والحق أن كلمة (قانون) تعنى وهى مجردة عن الوصف مجموعة القواعد الملزمة التى تنظم سلوك الأفراد فى المجتمع ، فإن وصفت بوضعى أو طبيعى تخصصت بمعنى معين ، فيراد بالقانون الوضعى : مجموعة القواعد الملزمة التى توضع سلفا لتنظيم سلوك الأفراد فى مجتمع معين وزمان معين ومكان معين ، ونتيجة لكون هذه القواعد موضوعة سلفا فإن الأفراد يتمكنون من الاطلاع عليها ومعرفتها وتنظيم سلوكهم على

---

(١) راجع : د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون ط ١٩٧٠ فقرة ٥ د. أحمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن فى الوجيز فى المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧٠ ص ٢٣ ، د. عبد الناصر العطار فى مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية فقرة ١٨

أساسها • ونظراً لأن لكل مجتمع ظروفه فهذه القواعد تتغير بحسب ظروف المجتمع والدول من عصر لآخر ومن مكان لآخر [(١)] .

أما القانون الطبيعي فيراد به مجموعة القواعد الثابتة والدائمة التي لا يعتريها التغيير بتغير الزمان أو المكان ، وتعد في الواقع من القواعد المثالية والأساسية التي توجه القانون الوضعي ، والتي يجب أن يتجه إلى الأخذ بها رجال التشريع الوضعي على قدر الامكان في مختلف البلاد لتحقيق العدالة [(٢)] .

وقد يوصف (القانون) بكونه من القوانين المسنونة أو غير المسنونة ويقصد بالقانون المسنون في هذا الصدد مجموعة القواعد التي توضع مسطورة أو مكتوبة • ويقصد بالقانون غير المسنون أو غير المسطور مجموعة القواعد التي توضع دون أن تكون مكتوبة • فالتفرقة بينهما تقوم على أساس النظر إلى كيفية مجيء القاعدة وليس على أساس النظر إلى حالتها الراهنة ، فإذا فرضنا مثلا أن شخصا قد قام بنسخ القواعد العرفية وجمعها في كتاب فان هذه القواعد بحالتها المادية التي انتهت إليها تعد مكتوبة ، ولكنها مع ذلك لا يصح أن تسمى بالقانون المكتوب ، لأن الجماعة حين وضعتها فيما بينها لم تكتبها وإنما تناقلتها الأجيال شفاهة أو إحساسا ، ومن ثم فهي تعد من القانون غير المسنون أو غير المسطور • وعلى العكس من ذلك فان مجلس الشعب في مصر إذا قام بوضع أي قانون فانما يضعه مكتوبا ويعتبر حينئذ من القوانين المسنونة • ولا شك أن القانون المسنون تكون قواعده أكثر انضباطا من قواعد

---

(١) راجع : د. احمد سلامة في المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧٨ فقرة ٤ و ٥ ، و د. عبد الودود يحيى في المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧٦ ص ٥ ، و د. عبد المنعم البدراوي في مبادىء القانون ط ١٩٧٠ ص ١٣

(٢) راجع : د. عبد الناصر العطار في مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ط ١٩٧٩ ص ٦٣ ، و د. حمدي عبد الرحمن في فكرة القانون ط ١٩٧٩ ص ٩ و ١٠

القوانين غير المسنونة ، كما أن القانون المسنون هو الذى يمكن بلا ريب أن يكون محلا للتغير [1] •

٦ – موضوع الدراسة وخطة البحث :

إن دراستنا ستنحصر فى النظرية العامة للقانون ، أو مقدمة القانون ، وهى دراسة لابد منها لكل من يرغب فى تعلم القانون أو أى فرع من فروعه ومن المعلوم أن فى المدخل لدراسة القانون نظريتان جرت التقاليد فى كليات الحقوق والشريعة والقانون على دراستهما وهما : نظرية القانون ، ونظرية الحق ، وما سأعرض له فى هذا الجزء من الدراسة كما أسلفنا سيقتصر فقط على النظرية العامة للقانون من حيث بيان جوهر القاعدة القانونية بتعريفها واستنباط خصائصها العامة وتحديد نطاقها والكشف عن مصادرها وتصنيفها وتطبيقها وكل ما يتعلق بها من دراسة فنية ، متوخيا فى ذلك التبسيط والإيجاز مع الوضوح واليسر فى ذات الوقت ليتمكن طالب العلم أو دارس القانون من الادراك الشامل والظاهر لمفهوم نظرية القانون وسنتناول هذه النظرية فى أربعة فصول :

الفصل الأول : فى التعريف بالقاعدة القانونية وما يميزها عن القواعد الاجتماعية الأخرى •

الفصل الثانى : فى مصادر القاعدة القانونية •

الفصل الثالث : فى أنواع القواعد القانونية •

الفصل الرابع : فى تطبيق القانون •

وسوف نتناول كل فصل على حدة فى مباحث تحدد مضمونه فى إيجاز ويسر ، والله الموفق لما فيه السداد •

---

(١) راجع : د• منصور مصطفى منصور فى دروس فى المدخل ط ١٩٧٢ فقرة ١١ ، و د• محمد لبيب شنب فى مذكرات فى المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧٥ فقرة ١٤ ، و د• أحمد سلامة و د• حمدى عبد ارلحمن فى الوجيز فى المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧٠ ص ٢٤ ، و د• حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ ص ٨

الفصل الأول

التعريف بالقاعدة القانونية
وما يميزها عن القواعد الاجتماعية الأخرى

تكلمنا فيما سلف عن القانون وقلنا أن الهدف منه تحقيق التنسيق والتوازن فى العلاقات الاجتماعيـــة ، وهو لذلك يفرض على الأفراد فى المجتمع نمطا من السلوك يلتزمون به لتحقيق ما يهدف إليه .

لكن الهدف الاجتماعى لا يمكن تحقيقه مع تطور المجتمعات وتباين الأغراض والأهواء بين البشر بغير استخدام القوة عند الاقتضاء ، فالقاعدة القانونية لا تكتمل فعاليتها بغير جزاء توقعه الدولة على المخالف ليتحقق [illegible]رى الالزام والاحترام .

والقانون ــ كما أسلفنا ــ يتكون من مجموعة قواعد السلوك ولذلك جرى تعريفه على أنه مجموعة القـــواعد القـــانونية التى تنظم الروابط الاجتماعية والتى يجبر الأفراد على احترامها بالقوة عند الاقتضاء[1] .

---

(1) انظر فى هذا المعنى د. احمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن ، الوجيز فى المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧٠ ص ٢٥ ، و د. منصور مصطفى منصور فى دروس فى المدخل للعلوم القانونية ط ١٩٧٠ ص ٢١ ، و د. جميل الشرقاوى فى أصول القانون ط ١٩٧١ ص ١١ ، و د. أحمد سلامة فى المدخل لدراســة القانون ط ١٩٧٥ ص ٤٦ وما بعدها ، و د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون ط ١٩٧٠ فقرة ٦ ، و د. توفيق فرج فى المدخل للعـــلوم القانونية ط ١٩٧٦ ص ١٨ وما بعدها ، و د. نعمان محمد خليل جمعة فى دروس فى المدخل للعلوم القانونية ط ١٩٧٨ ص ٣٤ ، ومحاضراتنا على الآلة الناسخة فى المدخل لدراسة القانون (الكتاب الأول) نظرية القانون الطبعة الأولى سنة ١٩٨٣ ص ٩ وما بعدها .

فالقاعدة هى الوحدة التى يتكون منها القانون لذلك كان منطقيا أن تبدأ دراسة النظرية العامة للقانون بالتعريف بالقاعدة القانونية وبيان خصائصها ونطاقها بين الفردية والاشتراكية وما يميزها عن غيرها من قواعد السلوك الاجتماعى الأخرى فى المجتمع .

ونعرض لهذا الفصل بالدراسة فى ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : نعرض فيه لتعريف القاعدة القانونية وبيان خصائصها .

المبحث الثانى : ونبين فيه نطاق القاعدة القانونية بين الفردية والاشتراكية .

المبحث الثالث : ونتناول فيه التفرقة بين القاعدة القانونية وغيرها من القواعد الاجتماعية الأخرى .

المبحث الأول

القاعدة القانونية وخصائصها

لقد عرفنا القاعدة القانونية بأنها قاعدة سلوك عامة ومجردة تحكم علاقات الأفراد فى المجتمع على وجه ملزم . ويتبين من هذا التعريف أن القاعدة القانونية (règle juridique) تتميز بخصائص ثلاث :

اولا : فهى قاعدة عامة ومجردة .

ثانيا : هى قاعدة تحكم الروابط والسلوك الاجتماعى .

ثالثا : وأخيرا كونها ملزمة أى يصحبها جزاء مادى توقعه السلطة العامة .

٧ — المقصود بعمومية القاعدة وتجريدها :

تتميز القاعدة القانونية بأنها عامة (**générale**) ومجردة (**Abstraité**) ذلك أنها قاعدة شأ نسائر القواعد ، ويقصد بهذه الخاصية للقاعدة أنها تتوجه بخطابها إلى كافة الأفراد ولا تخص شخصا معينا بالذات ولا واقعة بعينها وذاتها ، بل هى تذكر الأوصاف التى يتعين بها الأشخاص المقصودون بخطابها والشروط التى يلزم توافرها فى الوقائع التى تنطبق عليها ، وكل شخص توافرت فيه الصفات ، وكل واقعة جمعت هذه الشروط انطبقت عليها القاعدة القانونية[1] .

هـذا بخلاف الأوامر أو القرارات أو الأحكام الخاصة بفرد معين بذاته كالقرار الادارى الصادر بتعيين موظف معين ، والعمل التشريعى الصادر بمنح الجنسية إلى شخص بالذات ، والحكم الصادر من القضاء بالزام شخص معين بعمل معين ؛ فهذه كلها ، تنتهى بمجرد تطبيقها بالفعل أو تنفيذها ، لأنها تستنفذ الغرض منها بالتطبيق أو التنفيذ ، ولكن القاعدة القانونية تبقى حتى بعد تطبيقها فى حالة معينة ، لتحكم حالات قد لا يمكن حصرها سلفا .

من ذلك يتبين لنا أن القاعدة القانونية تنطبق على عدد غير محدود أو محصور من الأشخاص والوقائع فمثلا القاعدة التى تقضى بأن كل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقد التمييز ، قاعدة لا يستفيد منها صبى دون آخر بل جميع الصبيان دون السابعة يستفيدون منها ، فهى إذن قاعدة تنطبق على عدد غير محصور من الأفراد ، ولهذا نجدها ترد فى عبارات عامة

---

(١) : د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون فقـرة ٧ ص ١٤ ، د. نعمان محمد خليل جمعة فى دروس فى المدخل للعلوم القانونية ط ١٩٧٦ ص ٣٧

ومجردة لا تشير إلى وقائع محددة بالذات كالقاعدة التى تقضى بأن « كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض » (م ١٦٣ مدنى) وهكذا ..[1]

١ — وتتوافر هذه الخاصة للقاعدة القانونية حتى ولو انصرف خطابها إلى أفراد طائفة محددة من بين طوائف المجتمع طالما أن انطباقها عليهم منوط بتحقيق شروط وضعتها هذه القاعدة ، ومثال ذلك قواعد قانون المحاماة ، وشروط مزاولة مهنة من المهن ، ولا يلزم أن تكون القاعدة مقصودا بها الكافة أى جميع الأشخاص فهناك كثير من القواعد لا يمكن تطبيقها إلا على فئة محدودة من الأشخاص كما أسلفنا مثل قانون الصيادلة ، وقد تضيق هذه الفئة أو تتسع ، بل إنها قد تضيق حتى لا يدخل فيها إلا شخص واحد: مثال ذلك القواعد الخاصة باختيار رئيس الدولة أو رئيس المحكمة العليا، والاختصاصات التى يمارسها كل من يتولى مثل هذه الوظائف .

٢ — على أن صفة العمومية لا تستلزم أن تكون القاعدة القانونية واجبة التطبيق فى كل إقليم الدولة ، صحيح أن المفروض أن القانون عام فى تطبيقه على كل إقليم الدولة ، ولكن قد يقع أن تنفرد أجزاء معينة من كل إقليم الدولة بنظام معين وأوضح مثال لذلك الولايات المتحدة الأمريكية ، حيث احتفظ فيها لكل ولاية بسلطة التشريع فى مسائل القانون الخاص .

---

(١) راجع : د. أحمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن فى الوجيز فى المدخل لدراسة القانون ص ٢٧ ، و د. أحمد سلامة فى المدخل لدراسة القانون فقرة ٢٥ ص ٤٧ وما بعدها ، و د. جميل الشرقاوى فى دروس فى أصول القانون (المدخل لدراسة القانون) ط ١٩٧٢ فقرة ٩ ص ٢٦ وما بعدها ؛ د. منصور مصطفى منصور فى دروس فى المدخل ط ١٩٧٢ فقرة ١٣ ص ٢٥ وما بعدها ، د. شمس الدين الوكيل فى النظرية العامة للقانون ط ١٩٦٤ ١١ ص ٢٧ وما بعدها .

٣ — والعمومية أيضا لا تعنى أن القاعدة القانون يجب أن توضع لزمن غير محدد ، لأن هناك قواعد قانونية لا توضع إلا لتطبق مدة معينة كقانون الطوارىء أو قانون الأحكام العرفية وما يصدر تطبيقا لهما ، وهى قوانين لا تطبق إلا فى حالة الكوارث أو فى فترة الحرب[١] .

ولا شك فى أن عمومية القاعدة القانونية وتجريدها تحقق النظام فى المجتمع لأنها تخضع كل طائفة معينة من الوقائع لقواعد واحدة ، وتخضع جميع الأشخاص بغض النظر عن ذواتهم لأحكام موحدة ، وهذا يؤدى فى الواقع إلى وجود نظام واحد مستقر ومطرد فى العلاقات القانونية فى المجتمع .

٨ — القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعى ظاهر :

لا شك فى أن القانون لا يتصور إلا فى مجتمع ، وأنه دائما يوجد بوجود المجتمع فهو لازم لتنظيم ما ينشأ بين أفراد هذا المجتمع من علاقات وروابط ، لأن هذا هو هدفه ، والرابطة أو العلاقة تستلزم قيام مظهر خارجى لسلوك الأفراد ، هذا المظهر أو السلوك الخارجى الظاهر هو موضوع الرابطة القانونية[٢] .

---

(١) راجع : د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون ص ١٥ وص ١٦ ، و د. عبد المنعم فرج الصده فى دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون الوضعى جـ ١ (نظرية القاعدة القانونية) على الآلة الناسخة سنة ١٩٦٩ ص ١٨ ، و د. أحمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن فى الوجيز فى المدخل لدراسة القانون ص ٢٧ — ص ٢٩ ، و د. عبد الفتاح عبد الباقى فى نظرية القانون ط ١٩٥٤ ص ٦ وما بعدها ، ومذكراتنا فى المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧٣ ص ١٠ وص ١١

(٢) راجع : د. نعمان محمد خليل جمعة فى دروس فى المدخل للعلوم القانونية ط ١٩٧٦ ص ٣٧ ، و د. حسن كيره فى المدخل إلى القانون ط ١٩٦٠.

فالقانون لا يسير غور النفس البشرية ولا يهتم بما استقر فى النوايا والصدور ، ما دامت هذه الأمور حبيسة العقل والصدر ولم تظهر إلى العالم الخارجى فى صورة أفعال مادية ظاهرة أيا كانت الصورة التى تظهر بها هذه الأفعال . فالقاعدة القانونية كقاعدة سلوك تهتم فقط بالسلوك الخارجى للانسان ، إذ لا شأن لها بالظواهر الداخلية كالمشاعر والاحساسات ، فهذه الأخيرة لا سلطان للقانون عليها حتى على فرض تنافيها مع بعض القواعد الاجتماعية الأخرى كقواعد الدين والأخلاق ، أو مع المثل العليا للمجتمع .

فمثلا الاحساس بالحقد والكراهية أو مجرد التفكير فى ارتكاب جريمة مع التصميم على تنفيذها ، لا يقع تحت طائلة القانون ، ما دام أن الاحساس أو التفكير لم يظهر فى الخارج بأعمال مادية ظاهرة تدل عليه وتنم عنه ، أو بمعنى آخر ما دام أن الشخص لم يبدأ على الأقل فى تنفيذ ما نوى ، فاذا تعدى مجرد التفكير إلى مرحلة التنفيذ المادى الظاهر وقع تحت طائلة القانون .

ولكن ليس معنى هذا أن القانون لا يهتم على الاطلاق بالنوايا ولا يرتب عليها أثرا ، بل هو يفعل ذلك فى كثير من الأحوال ، فحين يعتدى شخص على آخر بالقتل فان القانون يهمه أن يعرف هل دبر قاتل الجريمة وصمم عليها قبل ارتكابها أم أنه ارتكب فعله عن طريق مجرد الخطأ ؟ ومن الواضح أن درجة الجرم وبالتالى قدر الجزاء يختلف فى الحالة الأولى عنه فى الحالة الثانية ، فعقوبة القتل العمد تشدد إذا اقترن فعل القتل بسبق الإصرار أى بالتصميم السابق على ارتكاب الجريمة ، ومن ذلك

=
فقرة ٧ و ٨ ص ١٨ وما بعدها ، و د. شمس الدين الوكيل فى نظرية العامة للقانون ط ١٩٦٤ فقرة ٢٦ وما بعدها .

مثلا إنقاص مدة التقادم المكسب [١] من خمس عشرة سنة إلى خمس سنوات لصالح الحائز حسن النية ، أى الحائز الذى يجهل أنه يحوز مالا مملوكا للغير .

ومن هنا يلزم أن يسند النية فعل مادى ظاهر أى سلوك خارجى يكشف عنها لأن النية وحدها لا تكفى دائما ، وإنما يجب أن تقترن بالسلوك الخارجى الظاهر ليعتد بها فى القانون [٢] .

٩ — القاعدة القانونية قاعدة ملزمة :

القاعدة القانونية من خواصها أنها تقترن بجزاء مادى لكى تحقق هدفها فى اقرار الأمن والتوازن بالنسبة للمصالح والحقوق المختلفة فى المجتمع والجزاء هو النتيجة أو الأثر المترتب على مخالفة تلك القاعدة ، ويطلقون عليه أحيانا لفظة الجبر أو الاكراه عندما يراد التعبير عن إجبار

---

(١) التقادم المكسب للملكية هو طريق لكسب ملكية شىء مملوك للغير عن طريق حيازته أى وضع اليد بنية تملكه مدة يحددها القانون . انظر فى ذلك بتوسع الوسيط للأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهورى الجزء التاسع فى أسباب كسب الملكية ط ١٩٦٨ فقرة ٣٦٥ وما بعدها ، و د. محمود جمال الدين زكى فى الحقوق العينية الأصلية ط ١٩٧٨ فقرة ٣٠١ وما بعدها ، و د. محمد على عرفة فى اسباب كسب الملكية جـ ٢ ط ١٩٥٥ فقرة ١٤٠ وما بعدها ، و د. عبد المنعم البدراوى فى الحقوق العينية الأصلية الطبعة الثانية سنة ١٩٥٦ فقرة ٥١٧ ، و د. عبد المنعم فرج الصدة فى حق الملكية الطبعة الثانية سنة ١٩٦٧ فقرة ٣٨٠ وما بعدها ، و د. محمد كامل مرسى الجزء الرابع فى الحيازة والتقادم ط ١٩٤٩ فقرة ٣٦٩ ، و د. شفيق شحاتة فى النظرية العامة للحق العينى ط ١٩٥١ فقرة ٢٨٣ ، و د. إسماعيل غانم فى مذكرات فى الحقوق العينية الأصلية جـ ٢ ط ١٩٥٨ ص ١٢٥ ، ورسالتنا لنيل درجة العالمية (الدكتوراه) فى كسب الملكية بالميراث دراسة مقارنة فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى (على الآلة الضاربة سنة ١٩٨٢) ص ٦٦ وما بعدها .

(٢) راجع فى ذلك : د. عبد الفتاح عبد الباقى فى نظرية القانون ط ١٩٥٤ ص ٦ وما بعدها ، و د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون ط ١٩٧٠ فقرة ٨ ، وأيضا فى المدخل للعلوم القانونية ط ١٩٦٦ ص ١٤ وما بعدها ، و د. محمود جمال الدين زكى فى دروس فى مقدمةالدراسة القانونية ط ١٩٦٤ فقرة ٥ ص ١٦ و ١٧

الشخص على القيام بعمل معين امتنع عن تنفيذه باختياره ، ويحتفظون بلفظة الجزاء للأحوال التى لا يمكن فيها جبر الشخص على القيام بما التزم به ، ولكنه يتحمل بشكل آخر نتائج سلوكه المخالف للقانون .

ولا يمكن أن يتبع المشرع الوضعى مع الأفراد أسلوب ابداء النصح والتوجيه أو مجرد اقتراح الحلول ، وإلا أخطأ السبيل الذى يهدف إلى تحقيقه ، فلابد من توفير عنصر الالزام للقاعدة القانونية ، ولا يتحقق ذلك إلا إذا كنا بصدد مجتمع على قدر من التنظيم السياسى بكل ما يترتب على على ذلك من خضوع لسلطة تملك قدرة الأمر والنهى وتوقيع الجزاء عند الاقتضاء ، بغض النظر عن صورة هذا التنظيم سواء أكان فى صورة الدولة بمعناها الحديث ، أو اتخذ صورة مجتمع أقل تطورا كالأسرة أو القبيلة فى بعض المجتمعات المتخلفة [١] .

والحق أن الدولة فى العصر الحديث هى التى تقوم على إعمال عنصر الالزام فى القاعدة القانونية ، وهى تؤدى هذه المهمة فى مرحلتين إحداهما سابقة على مرحلة المخالفة والثانية لاحقة لها . ويطلق على المرحلة السابقة مرحلة توقى الضرر قبل وقوعه أو الأسلوب الوقائى وذلك يتحقق بسهر الدولة على حماية القوانين لمنع ارتكاب الجرائم أيا كانت صورتها ، إلى جانب هذا الأسلوب يوجد العلاج اللاحق على وقوع المخالفة ، فاذا وقع المحظور فان سلطان الدولة يظهر فى تأكيد حمايتها للقانون بتوقيع جزاء كاف لزجر المخالف وردع غيره فى ذات الوقت فالجزاء إذن يكون عنصرا أساسيا لفكرة الالزام فى القاعدة القانونية [٢].

---

(١) راجع : د. محمود سلام زناتى فى تاريخ النظم الاجتماعية والقانون الجزء الأول فى المجتمعات البدائية والقبلية ص ٣٦٠ وما بعدها . و د. صوفى حسن ابو طالب فى مبادىء تاريخ القانون الجزء الأول ط ١٩٧١ ص ٥٥

(٢) د. احمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن فى الوجيز فى المدخل =

ينبغى أن نعلم بأن الوضع المثالى لا يتأتى من مجرد توقيع الجزاء أو التلويح به ، وإنما يتحقق بانصياع الأفراد لحكم القاعدة القانونية من تلقاء أنفسهم وبمحض اقتناعهم ، ويظل الاجبار والجزاء بمثـابة حالة استثنائية أو مرضية عابرة ولكن حتى فى حالة الانصياع الاختيارى فى كثير من الحالات فإن عنصر الجزاء ليس بمنـأى فى الغالب عن المساهمة فى تحقيق هذه النتيجة ، فالأفراد ينصاعون لحكم القانون لعلمهم بوجود الجزاء المـادى الملزم ولخشيتهم من انطباقه عليهم [1] . وهذا هو الوضع الغالب رغم عدم موافقته للنظرة المثالية لأن الفرد فى مجتمعنا الحـالى — للأسف — لم يصل بعد إلى المستوى الاجتماعى الذى يؤهله للانصياع للأوامر دون تلويح أو تهديد بالجزاء المترتب على التقاعس عن تنفيـذ القاعدة القانونية .

يحق لنا أن نتساءل عن ماهية الجزاء ، وضرورته ، وخواصه ، وأهم صوره لنقف على حقيقته ومدى أهميته لقيام القاعدة القانونية وحمايتها .

١٠ — ماهية الجزاء وخواصه :

يعرف الجزاء بأنه الأثر الزاجر المحسوس الذى تلحقه سـلطات الدولة بالفرد نتيجة لمخالفته لقاعدة قانونية مقررة سلفا ، أو هو النتيجة المترتبة على مخالفة القاعدة القانونية التى يحميها سلطان الدولة [2] .

=

لدراسة القانون ص ٢٩ ، و د. سمير عبد السيد تناغو فى النظرية العامة للقانون ط ١٩٧٤ فقرة ١٢٥ ص ٦١ وما بعدها .

(١) راجع : د. عبد المنعم البدراوى فى مبـادىء القـانون ط ١٩٧٠ ص ١٨ وص ١٩ ، و د. حسن كيرة فى المدخل إلى القانون ط ١٩٦٠ فقرة ١٣ ص ٣٦ ، و د. محمود جمال الدين زكى فى دروس فى مقدمة الدراسة القانونية ط ١٩٦٤ فقرة ٢٤

وراجع أيضا : — Roubier : Théorie géneral du droit (Paris 1951) N. 5, P. 34.

(٢) راجع : د. أحمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن فقرة ١١ فى المرجع

=

والغرض المنوط من وضع الجزاء على مخالفة القاعدة القانونية هو الضغط على إرادة الأفراد حتى يمتثلوا لأوامر القانون ونواهيه ، واحتياطا يؤدى الجزاء — عند وقوع السلوك المخالف للقانون — إلى إزالة الآثار المترتبة على هذا السلوك المخالف أو إصلاحها .

ولكن ينبغى أن يكون من المعلوم لدينا أن القواعد القانونية إنما وضعت لتوافق حاجات المجتمع وتسدها ، وأنها تعبير صادق وأمين عن إرادة الجماعة وصدى لشعورها العام ، وفى هذا تكمن قوتها ، ومنه أيضا تستمد وجودها ، لأن القانون الذى يتحتم تنفيذه بالقوة أو لا يمكن تنفيذه إلا عن طريق الاكراه والجبر ، لا شك فى أنه قانون فاشل يحمل فى طياته أسباب فشله وزواله ، مثل القوانين سيئة السمعة أى التى لا تحقق صالح المجتمع وتتحكم بلا جدوى فى حرية الأفراد وتمتهن كرامتهم ، مصيرها دائما فى النهاية إلى الفناء والزوال مهما بلغ أو بولغ فى الجزاء المترتب على مخالفتها لأن القانون الظالم مولود عليل بعلة مزمنة تأبى أن تتركه إلا بعد أن تفنيه مهما حاول جهابزة العلم من بذل سبل الاصلاح له ، فدائما لا يصح إلا الصحيح .

ويتميز الجزاء فى القاعدة القانونية بأنه جزاء مادى أو حسى ملموس ، أى له مظهرا ماديا خارجيا يلمسه الشخص المخالف فى نفسه (كالسجن) أو فى ماله (كالغرامة والتعويض) وليس مجرد جزاء معنوى .

والجزاء فى القاعدة القانونية يتميز أيضا بأنه جزاء يوقع على المخالف فى الحال أى جزاء غير مؤجل ، فهو يطبق فى الحياة بمجرد ثبوت واقعة المخالفة بعكس الجزاء الدينى الذى يرجأ إلى الآخرة فى غير شريعة الاسلام

= السابق الاشارة إليه ، و د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون فقرة ٩ ، و د. عبد الناصر العطار فى مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية فقرة ٢٨ ، ومحاضراتنا فى المدخل لدراسة القانون فقرة ١٠ .

لأنه دين جاء ليحكم السلوك فى الدنيا بقواعد لا يعتريها الخلل أو التبديل بالاضافة إلى بيانه للجزاء الأخروى •

وأخيرا يتميز الجزاء على مخالفة القاعدة القانونية بأن السلطة العامة (الدولة) هى التى تقوم على تطبيقه ، فحين تقع المخالفة تقوم هذه السلطة باتخاذ الاجراءات اللازمة التى توصل إلى توقيع الجزاء على المخالف ، والتى رسم القانون حدودها وخطواتها •

فالجزاء بهذه الأوصاف الثلاثة السابقة هو الذى يميز القاعدة القانونية عن غيرها من القواعد الاجتماعية الأخرى والتى سنتناولها فيما بعد بمزيد من الإيضاح لبيان الفروق الظاهرة بينها وبين القاعدة القانونية (١) •

١١ — ضرورة الجزاء :

إن الجزاء على مخالفة القاعدة القانونية لازم لإقرار النظام داخل المجتمع • فقد قلنا — سلفا — ان وظيفة القانون هى إقرار النظام فى المجتمع ، ولا شك أن هذه الوظيفة لا يمكن تحقيقها إذا تركنا لكل فرد الحرية فى الخضوع لقواعد القانون بارادته أو عدم الخضوع لها وفق ما يتفق مع هواه ورغبته ، لذلك كان للجزاء أهميته وتمييزه للقاعدة القانونية عن غيرها من القواعد الاجتماعية الأخرى •

ومع ذلك فقد حاول بعض الفقهاء التقليل من أهمية الجزاء كعنصر مميز للقاعدة القانونية ، فذهب فريق منهم — وهم على وجه الخصوص

---

(١) راجع : د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون ص ١٩ ، و د. حسن كيرة فى المدخل إلى القانون ط ١٩٦٠ فقرة ١٣ ، و د. محمود جمال الدين زكى فى دروس فى مقدمة الدراسة القانونية ط ١٩٦٤ فقرة ٢٤ ، د. سمير عبد السيد تناغو فى النظرية العامة للقانون ط ١٩٧٤ فقرة ١٢ ص ٦١ وما بعدها .

أنصار مذهب القانون الطبيعي (Droit Naturel) - إلى التشكيك في ضرورة وجود الجزاء ، واستدلوا لتأييد وجهة نظرهم بوجود قواعد قانونية لا تتضمن جزاء محددا مثل قواعد القانون الدولي [١] .

غير أن هذا الرأي لم يصمد أمام انتقادات أغلبية الفقه ، فقد سبق أن رأينا مدى أهمية وضرورة الجزاء لوجود القاعدة القانونية . أما ما قيل بشأن قواعد القانون الدولي فانه لا يتم عن تحليل سليم لظروف ومحيط نفاذ قواعد هذا القانون . فتطبيق قواعد القانون الدولي تحكمه مرحلة التطور التي يمر بها المجتمع الدولي ذاته . ذلك أن هذا المجتمع لم يتوصل إلى تكوين سلطة عليا فعالة يمكنها أن تملك أو تستطيع أن تملك بالفعل فرض احترام قواعد القانون الدولي وتوقيع الجزاء اللازم على من يخالفها . فليس أمام المعتدى عليه في هذا الزمان سوى الاعتماد على قوته الذاتية ، وقوة من يناصره أو يتحالف معه للدفاع عنه .

وليس معنى ذلك أن عنصر الجزاء غير متوافر في قواعد القانون الدولي ولكنه يعني فقط أن وجوده ليس في درجة وضوح الجزاء في قواعد القانون الداخلي ومرجع ذلك إلى اختلاف مراحل تطور كل مجتمع على حدة ، فالمجتمع الدولي ولا شك يختلف تماما عن ظروف تطور المجتمع الداخلي من حيث تباين أسلوب وظروف توقيع الجزاء في كل منهما [٢] .

ونخلص من هذا إلى أن القاعدة القانونية كقاعدة سلوك اجتماعي

---

(١) راجع : د. عبد المنعم البدراوي في مبادىء القانون ط ١٩٧٠ ص ١٩ و ٢٠

(٢) راجع : د. نعمان محمد خليل في دروس في المدخل العلوم القانونية ط ١٩٧٨ ص ٣٩ وما بعدها ، و د. احمد سلامة و د. حمدي عبد الرحمن ص ٣١ - ص ٣٣ في المرجع السابق الاشارة إليه ، و د. عبد المنعم البدراوي في مبادىء القانون ص ١٩ و ٢٠ ومحاضراتنا في المدخل للعلوم القانونية ص ١٥ و ١٦

لا يتحقق لها هذا الوصف الأخير إذا لم يتوافر لها عنصر الإلزام ، فبغير الجزاء لا يكون للالزام مضمون الفعالية الكافية التى تفرض على الأفراد احترام القاعدة القانونية فعنصر الالزام وما قد يتبعه من توقيع الجزاء هو الذى يكفل لها هذا الاحترام .

١٣ — تطور الجـــزاء :

فى المجتمعات الحديثة يترك أمر توقيع الجزاء على كل من يخـالف القاعدة القانونية للدولة ، فالسلطة العامة بما تملكه من سلطان هى التى تكفل حماية القواعد القانونية ، وتستطيع مجازاة كل من يخالفها .

أما فى المجتمعات البدائية فقد كان الأمر متروكا للفرد أى لقوته وسطوته فهو الذى يقتضى حقه بيده ، والأقوى دائما هو الذى تتحقق له الغلبة وفى كثير من الأحيان كانت الأسرة أو العشيرة تعلن تضامنها مع الفرد ، الأمر الذى كان يؤدى إلى وقوع الحروب بين الأسرة والعشائر [illegible][1] .

وكان من الممكن تفادى الانتقام من الخارج على القانون بالاتفاق على دية معينة يدفعها المعتدى ، فاذا ما ارتضى دفعها ووافق على قبولها المعتدى عليه أو أسرته انتهى الأمر فى سلام وإلا التجأ الأخير إلى القوة للحصول على حقه أو ما يعادله[2]

ومع ازدياد قوة سلطان الدولة ألغى الانتقام الفردى وألزمت الدولة

---

(٢) راجع : د. محمود سلام زناتى فى تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية الجزء الأول : المجتمعات البدائية والقبلية ص ٣٦٠ ، و د. صــوفى حسـن أبو طالب فى مبادىء تاريخ القانون الجزء الأول ط ١٩٧١ ص ٥٦ وما بعدها .

(٣) راجع : د. حسن كيرة فى المدخل إلى القانون ط ١٩٦٠ فقرة ١٣ ص ١٣ وص ٣٥ ، و د. سمير عبد السيد تناغو فى النظرية العامة للقانون ط ١٩٧٤ فقرة ١٢ ص ٦١ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ ص ١١٦

المعتدى عليه بقبول الدية ، فأصبحت الدية إجبارية ، تفرضها الدولة وتحدد قدرها ، ثم انتقلت مهمة تنفيذ القانون وتوقيع الجزاء على الخارج عليه من يد الفرد إلى يد الدولة ، فهى التى تعاقب مرتكبى الجرائم على جرمهم ، وهى التى تمكن صاحب الحق من الوصول إليه ومن رد الاعتداء عليه بوسائل مشروعة تكفل تحقيق العدالة والانصاف [١] .

ولم يبق فى المجتمع الحديث من آثار حق الانتقام الفردى إلا حالة لا تستطيع فيها السلطات العامة التدخل فى الوقت المناسب لرد الاعتداء ، وهذه هى حالة الدفاع الشرعى ، أى رد الاعتداء غير المشروع على النفس أو المال بالقوة المناسبة لرد العدوان (م ٢٤٢ عقوبات والمادة ١٦٦ مدنى) ، وهذا أمر غريزى فضلا عن أنه لا يتضمن خطورة على النظام العام نظرا لاستحالة تدخل الدولة فى الوقت المناسب لمنع هذا الاعتداء الحال ، هذا من الناحية الجنائية . وبقيت أيضا بعض صور استثنائية لاعتبارات مقنعة اجتماعيا ومنطقيا يستطيع من خلالها أن يحصل الفرد على حقه المدنى بنفسه ، كحق الحبس (م ٢٤٦ مدنى) ، والدفع بعدم التنفيذ (م ١٦١ مدنى) وليس فيهما أيضا أى ضرر بالمجتمع أو الأمن العام لأن فى تطبيقهما من الناحية الفردية حماية لأموال الأفراد ، وتحقيق لقواعد العدالة والانصاف [٢] .

فالقاعدة إذن أن الدولة فى المجتمعات الحديثة هى التى تحتكر بين يديها سلطة توقيع الجزاء عند مخالفة القاعدة القانونية ، فاذا وقعت مخالفة

---

(١) راجع : د. منصور مصطفى منصور فى المدخل للعلوم القانونية ط ١٩٧٠ ص ٢٥ ، و د. جميل الشرقاوى فى أصول القانون ط ١٩٧١ ص ١٦ ، و د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون ص ٢٠ و ٢١

(٢) راجع : د. عبد الناصر العطار فى مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية فقرة ٢٩ ، و د. احمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن فى الوجيز فى المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧٠ ص ٣١ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ص ١١٦

ما يستطيع صاحب المصلحة أن يلجأ إلى السلطة المختصة (السلطة القضائية) لتوقيع الجزاء المقرر قانونا لهذه المخالفة ، ويتحقق هذا عن طريق رفع الدعوى واتخاذ الاجراءات المقررة فى هذا الصدد لإحقاق الحق فى نطاق القانون [1] .

١٢ — صور الجزاء :

للجزاء صور شتى تتعدد وتتنوع وفق القاعدة القانونية التى خولفت فهناك الجزاءات الجنائية أى المترتبة على مخالفة قواعد القانون الجنائى وهى العقوبات بأنواعها ، والجزاءات المدنية التى يتضمنها التقنين المدنى كأثر يترتب على الخروج على أحكامه ، والجزاءات الادارية وهى التى تترتب على مخالفة قواعد القانون الادارى كالنقل التعسفى للموظف أو حرمانه من العلاوة مثلا ، وسنتناول بشىء من التفصيل أهم صور الجزاء التى يتخذها كل من الجزاء الجنائى والجزاء المدنى ، والجزاء الادارى .

١٤ — (أ) الجزاء الجنائى :

إن أشد صور الجزاء القانونى قسوة هو الجزاء الجنائى الذى يرتبه القانون الجنائى كنتيجة لمن يرتكب فعلا من الأفعال التى يحرمها . فقد قدر المشرع الوضعى أن هناك من المخالفات ما يستلزم جزاء أكثر شدة وأكمل ردعا لإخلالها بصورة جسيمة بأمن المجتمع وسلامته ، فاعتبر هذه المخالفات جرائم تستحق نظاما خاصا وحازما أودعه ما يسمى بالقانون الجنائى ، فالجريمة المعاقب عليها فى هذا القانون هى فعل غير مشروع يعتبر اعتداء على النظام فى المجتمع ، ولو كانت فى نفس الوقت اعتداء على حق خاص . ولهذا فان العقوبة لا تقاس بمقياس الحق المعتدى عليه

---

(1) راجع : د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون ص ٢١ وفى المدخل للعلوم القانونية ط ١٩٦٦ ص ١٩ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ص ١١٧ و ١١٨

وقيمته ، بل بقدر ما ينطوى عليه هذا الاعتداء من إخلال بأمن المجتمع ونظــامه [1] .

وقواعد القانون الجنائى تصف أكثر الأفعال خطورة بأنها جناية ، يليها الجنحة ، ثم المخالفة وهى أقل الجرائم خطورة . ويتدرج جزاء هذه الجرائم تنازليا بدءا بعقوبة الاعدام ، فالأشغال الشاقة المؤبدة فالمؤقتة ، فالسجن ، فالحبس ، فالغرامة ، والجزاء الجنائى قد يكون عقوبة بدنية وقد يكون أثرا ماليا ، وقد يجيز القانون للقاضى أن يجمع فى حكمه بين النوعين بأن يحكم مثلا بالحبس والغرامة فى آن واحد [2] .

وللعقوبة فى القانون الجنائى وظيفتــان : المنع والزجر معا ، لأن الخوف من العقوبة يمنع فى الغالب الأفراد من ارتكاب الجرائم لعلمهم بما سيترتب على ارتكابها من عقوبة وضعها المشرع القانونى ، فاذا وقعت الجريمة بالفعل تعرض مرتكبها للعقاب حتى لا يعود إلى الجريمــه مرة أخرى ، وليكفر عن جرمه وليكون فى ذات الوقت عبرة لغيره ولكل من

---

(١) راجع : د. عبد المنعم البدراوى فى المرجعين السابقين فقرة ١٢ وص ٢٤ على التوالى ، و د. احمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن فى الوجيز فى المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧٠ فقرة ١٤ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ ص ١٢٣ وما بعدها .

(٢) راجع فى هذا المعنى : الأستاذ عبد القادر عوده فى التشريع الجنائى الإسلامى مقارنا بالقانون الوضعى — الجــزء الأول — فقــرة ٤٢ ص ٦٧ وما بعدها طبعة دار الكاتب العربى ببيروت ، و د. محمود نجيب حسنى فى شرح قانون العقوبات (القسم العام) ط ١٩٦٢ ص ٣٢٠ ، و د. محمود محمود مصطفى فى شرح قانون العقوبات (القســم العــام) ط ١٩٦٩ ص ٢٤٣ ، و د. السعيد مصطفى السعيد فى الأحكام العامة فى قانون العقوبات — الطبعة الرابعة — ١٩٦٢ ص ٩٦ ، و د. سمير الجنزورى فى الأسس العامة لقانون العقوبات مقارنا بأحكام الشريعة الإسلامية ط ١٩٧٢ فقرة ٦٩ وما بعــدها ، و د. احمد الالفى فى شرح قانون العقوبات الليبى (القسم العام) ط ١٩٦٩ ص ٢٠٠

يدفعه هواه وشهوته إلى الوقوف على شفا جرف الجريمة لكى يعود إلى صوابه وينزجر بالعقوبة التى وقعت على غيره من مرتكبى الجرائم (١) .

ويجدر بنا أن نلاحظ أن ارتكاب فعل واحد قد يترتب عليه جزاء جنائى وجزاء مدنى فى ذات الوقت ، فمثلا إذا وقعت جريمة سرقة ، نشأ عن هذه الجريمة حقان فى نفس الوقت ، حق المجتمع فى توقيع العقاب ، وحق المجنى عليه أى صاحب الشىء المسروق فى استرداد ما سرق منه أو المطالبة بالتعويض عنه ، وذلك بأن ينتظر صدور الحكم الجنائم ثم يرفع دعواه المدنية بالاسترداد أو التعويض أمام المحاكم الجنائية ، وله أن يتدخل أمام المحكمة الجنائية التى تنظر فى دعوى السرقة مطالبا بالاسترداد أو التعويض ، والأمر كذلك بالنسبة لجريمة القتل التى يترتب عليها إلى جانب الجزاء الجنائى حق أقارب المجنى عليه فى تعويض ما أصابهم من ضرر (٢) .

١٥ — (٢) الجزاء المدنى :

هو ما يترتب فى حالةالاعتداء على حق خاص أو انكاره ، أو هو الأثر الذى يرتبه القانون على مخالفة قاعدة تحمى مصلحة خاصة أو حقا خاصا . وتتولى نصوص القانون المدنى (والقانون التجارى) بيان الجزاءات المدنية المختلفة وهى تتراوح بين التنفيذ العينى إن كان ممكنا ، أو التنفيذ بمقابل (التعويض) ، أو البطلان ، وهى صور مختلفة تعكس محاولات إزالة الآثار المترتبة على مخالفة القاعدة القانونية ، ويمكننا لمزيد من الإيضاح أن نتناولها بشىء من التفصيل على النحو التالى :

---

(١) راجع : د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون ط ١٩٧٠ ص ٢٢ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ص ١١٨

(٢) راجع : د. عبد الناصر العطار فى مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية فقرة ٣٠ ص ٨٤ وما بعدها ، د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ ص ١٢٤

أولا : التنفيذ العينى إن كان ممكنا ، أو الجزاء المباشر كما يسميه البعض ويقصد به جبر الفرد على القيام بما لم يقم به مختارا • فحين يمتنع شخص عن الوفاء بما التزم به ، كامتناع البائع عن تسليم الشىء المبيع ، أو امتناع المؤجر عن تسليم العين المؤجرة ، فان الجزاء يكون هنا فى صورة تنفيذ عينى لجبر الممتنع على الوفاء بما التزم [1] •

ثانيا : التنفيذ بمقابل (التعويض) لأن التنفيذ العينى قد يكون متعذرا أو غير ممكن فى بعض الأحيان كما هو الحال فى حالة الالتزام بالقيام بعمل معين كالتزام رسام برسم صورة معينة أو طبيب باجراء جراحة دقيقة ، فهنا لا يمكن قهر الملتزم على أداء العمل رغم إرادته ، كذلك فى حالة إصابة شخص بعاهة مستديمة فى حادث سيارة عن طريق الخطأ ، فلا يمكننا هنا أيضا إعادة الحال إلى ما كانت عليه • فى مثل هذه الفروض يكون الجزاء البديل للتنفيذ العينى هو التنفيذ بمقابل أى الحصول على تعويض يغطى الأضرار التى لحقت بالمضرور • والتعويض هو فى الغالب مبلغ نقدى يدفع لإصلاح الضرر الذى يحدثه شخص [illegible] مخالفا فى ذلك القانون •

ثالثا : البطلان أى عدم الاعتداد بأى أثر للتصر[illegible] وقع مخالفا للقاعدة القانونية • فمثلا الاتفاق المنافى للآداب العا[illegible] باطل لعدم المشروعية • وكذلك يشترط القانون أن يتم عقد [illegible]عقار بشكل رسمى ، أى يحتم انعقاد العقد بمحرر على يد مو[illegible]سمى يسمى الموثق ويترتب على عدم مراعاة هذا الشكل اعتبار [illegible] كأن لم يكن

---

(١) راجع : د• عبد المنعم البدراوى فى مبادئ [illegible]ون فقرة ١٣ ، و د• محمود جمال الدين زكى [illegible] الوجيز فى نظرية الالت[illegible] — الجزء الثانى — أحكام الالتزام ط ١٩٧٤ فقرة [illegible] ، و د• حمدى عبد [illegible]من فى فكرة القانون ص ١١٩ ، و د• عبد الناصر العطار فى مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ط ١٩٧٩ ص ٧ [illegible] و د• أحمد سلامة و د• حمدى عبد الرحمن فى الوجيز فى المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧٠ فقرة ١٣

أى لا أثر له ويعد باطلا أى لم ينعقد أصلا . فيترتب على بطلان التصرف اعتباره كأن لم يكن ، فلا ينشأ منه أى أثر ، وكل ما تم بناء على هـذا التصرف الباطل يلغى ويعتبر كأن لم يكن ، ويسترد كل من الطرفين ما سلم للطرف الآخر إن كان قد سلمه شيئا [١] .

١٦ — (٣) الجـزاء الإدارى :

ويراد به الجزاء الذى توقعه السلطات الادارية على العاملين فى الدولة عند ارتكابهم للمخالفات الادارية بالخروج على قواعد القـانون الادارى ، ويتراوح هذا الجزاء بين الفصل من الخدمة ، والوقف عن العمل ، والخصم من المرتب ، وتأخير الترقية ، والحرمان من العلاوة أو العلاوات ، والانذار ولفت النظر ، ويكون الجزاء الادارى على قدر ما تم ارتكابه من مخالفات لهذا القانون وبدون تجاوز وإلا حق للمتضرر أن يرفع الأمر إلى الجهات الادارية المختصة لإعادة التوازن بين المخالفة والجزاء إن كان هناك ما يقتضى ذلك [٢] .

---

(١) انظر د. عبد المنعم البدراوى فى مبـادىء القـانون فقرة ١٣ ، و د. عبد الناصر العطار ص ٨٧ و ٨٨ فى المرجع السابق الاشـارة إليه ، و د. احمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن فقرة ١٣ فى المرجع السابق الاشارة إليه .

(٢) انظر فى هذا المعنى د. احمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن فى الوجيز فى المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧٠ فقرة ١٦ ، و د. عبد النـاصر العطار فى مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ص ٨٦ و ٨٧ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ ص ١٢٥ هامش ١ ، وبحثنا فى ضوابط القاعدة القانونية ومدى تميزها عن القواعد الاجتماعية الأخرى المنشور بمجلة « كلية الشريعة والقانون بأسيوط العدد الثانى ط ١٩٨٤ فقرة ١٢ ص ٧٥ » .

المبحث الثانى

نطاق القاعدة القانونية بين الفردية والاشــــتراكية

١٧ – تحديد نطاق القاعدة القانونية فى إطار المذهب السائد فى المجتمع :

عرفنا مما سلف أن القانون يرمى إلى تنظيم الروابط الاجتماعية ، ولكن ينبغى علينا هنا أن نتساءل عن مدى تدخل الدولة بالتنظيم القانونى فى هذه الروابط ، أو بمعنى آخر ، ما هو نطاق القاعدة القانونية وكيف تتحدد دائرتها ؟

ويجاب عن ذلك بأن القاعدة القانونية تضيق وتتسع وفقا للمذهب الذى تكون له السيادة فى المجتمع ، ويوجد على هذا الصعيد مذهبان : المذهب الفردى ، والمذهب الاشتراكى ، فاذا ما كانت السيادة للمذهب الفردى أى لمذهب الحرية Doctrine individualiste الذى يعنى بالفرد ويجعله البداية والغاية من كل تنظيم اجتماعى – فانه لا يجوز للقانون بناء على ذلك أن يتدخل فى حياة الفرد إلا بالقدر الضرورى الذى يحفظ عليه حريته فى صورة شبه مطلقة ، ويبدو من هذا الاتجاه أن دائرة القانون تضيق فيه بشكل ملحوظ [1] .

أما إذا كانت السيادة للمذهب الاشتراكى Doctrine socialiste فان الوضع سيكون على نقيض سابقه ، لأن النظـام الاشتراكى يعنى

(١) راجع : د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون ط ١٩٧٠ فقرة ١٤ ص ٢٩ ، و د. شمس الدين الوكيل فى النظرية العامة للقانون ط ١٩٦٤ فقرة ٣٤ ص ٤٩ و ٥٠ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ ص ٣٤

بالمجتمع ويسخر الفرد لخدمته ، فيضحى فى الغالب بمصلحة الأفراد لحساب المجموع ، وعلى ذلك فان دائرة القانون تتسع هنا إلى أقصى حد ممكن على حساب شئون الفرد وحريته •

وسنعرض بايجاز فيما يلى لأسس كل من المذهبين من الناحية القانونية ، لنقف بعد ذلك على ما انتهجه المشرع المصرى حيال هاتين النظريتين [1] •

١٨ — اسس المذهب الفردى أو النظرية الفردية :

قلنا إن الفرد يعتبر غاية كل تنظيم قانونى لدى أنصار المذهب الفردى — أو النظرية الفردية — وبالتالى يتعين على القانون أن يضع سعادة الفرد وحريته فى المقام الأول وفوق كل اعتبار بحيث يجعل منها غايته الأولى التى لا تمس •

[illegible] أنصار هذه النظرية ، أن الفرد لم يخلق للمجتمع ، وإنما العكس ، أى أن المجتمع وجد لصالح الفرد ، فكل ما فى المجتمع يجب إذن أن يوجه لخير الفرد وخدمته ، وليس المراد بالفرد فى نظر أنصار هذا المذهب هو الفرد المنعزل عن الجماعة ، وإنما هو الفرد منظورا إليه داخل جماعة تربط بينهم علاقات متعددة ، غير أن الفرد فى هذا الصدد يمثل مركز الدائرة التى يدور فيها القانون [2] •

---

(١) راجع : د. احمد سلامة فى المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧٨ فقرة ١٤ ص ٢١ ؛ د. وجدى راغب فى محاضرات المدخل لدراسة القانون ط ١٩٦٨ ص ١٦ وما بعدها .

(٢) راجع : د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون ط ١٩٧٠ فقرة ١٥ ص ٣٠ ؛ و د. عبد الحى حجازى فى المدخل لدراسة العلوم القانونية (نظرية القانون) ط ١٩٧٢ فقرة ٢٦٤ ص ٣٥٢ وما بعدها ، و د. عبد الودود يحيى فى دروس فى مبادىء القانون ط ١٩٧٨ ص ٢٧

ويجد هذا الاتجاه أساسه فى فكرة العقد الاجتماعى Le contrat social ، تلك الفكرة التى سادت بين فلاسفة القرنين السابع عشر والثامن عشر ، ومن مقتضاها أن الفرد حين قرر أن يعيش فى جماعة اتفق مع غيره على أن يحتفظ كل منهم بحقوقه وحرياته الطبيعية ، وأنه لا يسمح بالتنازل عن بعضها إلا فى حدود القدر الضرورى واللازم لقيام الجماعة ، ولتحقيق التوازن والتوافق فى علاقات أفرادها . وفيما عدا هذا القدر المسموح به لا يجوز للنظام القانونى أن يحد من حرية الفرد أو من حقوقه . فمهمة السلطة فى نظر هذا المذهب الفردى تنحصر فى حماية الحقوق الطبيعية للأفراد . وتأسيسا على هذه الفكرة قيل بحق أن هذا المذهب يسعى إلى تحقيق العدل التبادلى [1] ، بمعنى تحقيق المساواة فيما يتبادله الأفراد من أشياء وخدمات ، بطريقة تكاد تكون حسابية ، وهذا الهدف لا يتحقق فى نظرهم إلا بترك الحرية للأفراد فى ممارسة أنشطتهم ، ودفع كل محاولة للعدوان عليها .

ويلاحظ فى هذا الشأن أن معظم أنصار المذهب الفردى لم يدعوا أن العقد الاجتماعى حقيقة تاريخية ، وإنما هو مجرد افتراض افترضوه كضرورة لتفسير أساس المجتمع فى نظرهم ، وهذا الافتراض يعد من قبيل التفسير الفعلى أو التصورى ليس غير [2] .

١٩ — آثار المذهب الفردى :

لقد أدى مفهوم النظرية الفردية إلى صياغة بعض المبادىء الهامة التى لم يقتصر تأثيرها على نطاق القانون فحسب وإنما امتد هذا التأثير إلى الميدانين السياسى والاقتصادى .

---

(١) انظر د. شمس الدين الوكيل فى النظرية العامة للقانون فقرة ٣٤ ص ٥٠ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ ص ٣٥

(٢) د. عبد المنعم البدراوى فى المرجع السابق ص ٣١

فعلى المستوى القانونى ، يهدف هذا المذهب إلى كفالة أكبر قدر من الحرية الفردية . فالانسان فى الأصل لا يلتزم إلا بمقتضى إرادته الحرة الواعية . ولذا يعد مبدأ سلطان الارادة من المعـالم الرئيسية للمذهب الفردى ، ويكتمل هذا المبدأ بمبدأ آخر مفاده أن العقد شريعة المتعاقدين ، فطالمـا قد تعاقد الفرد بارادته الحرة وجب عليه أن يلتزم بمقتضى اتفاقه . بحيث لا يجوز له أن ينقض ما تم من جانبه أو أن يعدله بارادته المنفردة وحدها . كما أن هذا المذهب يعتبر حرية التملك قرينـة وتوأم للحرية الفردية ، فالملكية فى نظرهم حق مصون لا يمس ، بل ان البعض منهم يعتبرها قمة التحقيق للنظرية الفردية ، وأهم مظهر من مظاهر فلسفتها (١) .

وعلى الصعيد السياسى اقتضى القول بالمذهب الفردى إعلاء شأن الحرية الفردية ، وانحصار سلطات الدولة فى أضيق الحدود ، فنشاطها مقيد بمبادىء تقديس الحرية الفردية ، بحيث لا يمكنها أن تتدخل إلا بالقدر اللازم للمحافظة على الأمن ، ومنع التصادم بين حرية الفرد وحرية من حوله أو أقرانه ، لأنها تلتزم فى ممارسة نشاطها بذلك فى ظل النظـام الفردى المثالى ، الذى يعدها دولة حارسه (٢) .

---

(١) راجع : د. احمد سلامة فى المدخل لدراسة القـانون ط ١٩٧٨ ص ٣٤ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فـكرة القـانون ط ١٩٧٩ ص ٣٧ ، و د. وجدى راغب فى محاضرات المدخل لدراسة القانون ١٩٦٨ ص ١٧

(٢) يقترب من المذهب نظرية الفينقيون (الفيزيوقراط) الذين يلاحظون اضطراب المجتمع البشرى والنظام المنسجم فى الطبيعة ، ويرون أن جميع الحقائق الاجتماعية متصلة فيما بينها بموجب قوانين خالدة لا تتغير ، ولا مفر منها وهى قوانين العدالة ، والأخلاق ، والسلوك الاجتماعى ، إنها قوانين لا يصوغها الإنسان ولا الحكومات صناعيا ، لأنها تنبع من طبيعة الإنسان ذاته فهى قوانين بسيطية وبديهية تتمثل فى الملكية ، والأمن ، والحرية . انظر فى تفصيل ذلك : تكوين العقل الحديث ، الجزء الأول ، لجون هرمال راندال ، ترجمة جورج طعمة ط ١٩٦٥ ص ٤٨٩ وما بعدها ، وقد أشـار إلى ذلك د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ ص ٣٦ هامش ١

وهذا المفهوم السابق للنظرية الفردية يقتضى وضع الضمانات القانونية والسياسية التى تكفل حماية حقوق الأفراد وحريتهم فى مواجهة السلطة ، منعا لاستبداد الحكام وتلافيا لتعسفهم [١] .

لذا يمكننا أن نقول بحق أن النظرية الفردية كانت هى الأساس الفلسفى للديمقراطية الغربية بمعناها التقليدى الذى عرفته الدول الأوربية [٢] .

وينتهى المذهب الفردى من الناحية الاقتصادية إلى ترك المجال مفتوحا أمام النشاط الفردى الحر : وتشجيع الحافز الخاص ، مع إطلاق حرية استثمار رءوس الأموال ، وكذا كفالة حرية تنقلها من بلد إلى آخر ، وتهيئة الجو للمنافسة الحرة لأنها وحدها الكفيلة بتحقيق التقدم ، وذلك من خلال التنافس والصدام بين المصالح المتعددة والقوى المختلفة فى المجتمع الذى ينتهى فى نظرهم إلى بقاء الأصلح وبالتالى إلى خدمة المصلحة العامة [٣] .

٢٠ — نقد المذهب الفردى :

لقد وردت على النظرية الفردية عدة مآخذ منها :

١ — مغالاتها فى عدم الاكتراث بالصالح العام ، لأنها [illegible]م على أساس

---

(١) راجع : د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون ١٩٧٠ ص ٣٢ وما بعدها ، و د. أحمد سلامة فى المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧ ص ٣٣ ، و د. عبد الحى حجازى فى المدخل لدراسة القانون (نظرية القانون) ط ١٩٧٢ ص ٣٥٥

(٢) د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ ص ٣٦

(٣) د. شمس الدين الوكيل فى النظرية العامة للقانون ط ١٩٦٤ فقرة ٢٣٦ ، و د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون فقرة ١٦ ، و د. عبد الودود يحيى فى دروس فى مبادىء القانون ط ١٩٧٨ ص ٢٨ ، وأيضا فى المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧٦ ص ٢٧ وما بعدها ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٧٧٩ ص ٣٦

فرض أثبتت التجارب عدم صدقه فى العديد من الحـالات ، فليس من الصحيح فى أغلب الأمور أن نرى الصالح العام يتحقق من تلقاء نفســه لمجرد رعاية المصالح الفردية المختلفة ، وليس من المقبول القول بأن الصالح العام هو حاصل مجموع المصالح الفردية الخاصة ، ودليل ذلك أن هناك العديد من المصالح العامة التى قد لا يفكر الأفراد فى القيام عليها ، وحتى فى حالة قيامهم بها لا يستطيعون أن يضمنوا لها القسط الوافر من الرعاية والعناية والتركيز ، كالمرافق العامة ودور التعليم ، والشئون الاجتماعية مثـلا[1] .

٢ ــ ويعاب على النظرية الفردية أو المذهب الفردى أيضا المغالاة فى إطلاق الحرية الخاصة لكل فرد : بدعوى أن حقوق كل فرد ما هى إلا تقرير لحقوقه الطبيعية التى كان يتمتع بها قبل دخوله فى الجماعة بناء على العقد الاجتماعى المزعوم أو المفترض الذى تقول به هــذه النظرية . فى حين أن الفرد المنعزل لم يوجد ــ كما أسلفنا ــ لأنه يعجز عن الحياة بدون مجتمع [2].

٣ ــ ويؤخذ على هذه النظرية كذلك تركها المجال مفتوحا أمام النشاط الفردى الحر ، فى كافة صوره ، مع أن الواقع العملى فى الحيــاة اليومية يقرر أن ترك الحرية على إطلاقها للأفراد من شأنه أن يؤدى إلى مزيد من الأنانية والأثرة ، وإلى تحكم الأقوياء فى الضعفاء ،

(١) د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون ط ١٩٧٠ ص ١٧

(٢) راجع فى نقد المذهب الفردى : د. شمس الدين الوكيل فى النظرية العامة للقانون فقرة ٢٣٦ ، و د. عبد الحى حجازى فى المدخل لدراسة العلوم القانونية (نظرية القانون) ط ١٩٧٢ فقرة ٢٦٧ و ٢٦٩ ، و د. احمد سلامة فى المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧ فقرة ١٤ ، و د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون ط ١٩٧٠ فقرة ١٧ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ فقرة ١٩

فالتقدم الصناعى والاقتصادى قد أدى فى وقتنا الحاضر إلى وجود قوى اقتصادية هائلة فى المجتمع ، هـذه القوى تتمثل فى شركات المساهمة والاتحادات التجارية والصناعية ، وقد استطاعت فى سهولة ويسر أن تقيد بسطوتها الحرية المتكافئة للأفراد تقييـدا كبيرا ، فسحقت الصانع الصغير والمنتج المحدود ، وحولتهم إلى مجرد عمال أجراء يخضـعون لسـيطرة وسـلطان رب العمـل [١] • ولهذا كان من العدالة عدم ترك العلاقة التى تربط العمـال برب العمل دون تنظيم ، نظرا لعدم التكافؤ الظاهرين طرفيها • ولأن المذهب الفردى لا يسمح بتكوين طوائف أو اتحادات للعمال تمثلهم وتدافع عنهم إذا اقتضى الأمر ، على اعتبار أن الدولة هى الممثلة الوحيـدة للصالح العام ، ومن ثم فلا يجوز أن تقوم بينها وبين الفرد وساطة من اتحادات أو طوائف أو نقابات • ويعد هـذا من أبرز عيوب الاتجاه الفردى الذى لا يعترف إلا بالمساواة القانونية ، وهى تبدو فى هذا الإطار السابق مجرد مساواة صوريه لا تمت إلى الواقع بشىء [٢] •

٢١ - اسس المذهب الاشتراكى أو النظرية الاشتراكية :

يقـوم المذهب الاشـتراكى (Le doctrine socialiste) أو النظرية الاشتراكية على الأسس التالية :

١ - من حيث النظرة إلى الفرد والمجتمع يرى هذا المذهب أن الإنسان

---

(١) انظر فى هذا المعنى : د. عبد الودود يحيى فى المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧٦ ص ٢٩ و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ ص ٣٨ ، و د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون ط ١٩٧٠ ص ٣٤

(٢) راجع : د. شمس الدين الوكيل فى النظرية العامة للقانون ط ١٩٦٤ فقرة ٣٧ ، و د. عبد الحى حجازى فى المدخل لدراسة العلوم القانون ط ١٩٧٢ فقرة ٢٧٠ ، و د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون ص ٣٤ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ص ٣٩

كائن اجتماعى ، لذا ينظر إليه على أساس أنه عنصر من عناصر الجماعة ، ولا يؤيد النظر إليه كفرد منعزل ومستقل عن الجماعة . كما أن المجتمع عنده ليس جمعا من الأفراد المنعزلين أو المستقلين ، ولكنه وحدة متجانسة يجب أن توجه كافة جهود أفرادها إلى الغاية المشتركة وهى صالح المجموع [1] .

٢ — ومن حيث وظيفة القانون وغايته : فانه لا يسخر فى نظرهم لمجرد المحافظة على حقوق الفرد وحريته وسعادته ، وإنما يوضع لتحقيق وظيفة اجتماعية هى توجيه النشاط الفردى نحو غاية مشتركة هى الصالح العام للجماعة ، بغض النظر عن سعادة الفرد أو عدمها ؛ لأن القانون فى هذا المذهب يضع الصالح الاجتماعى فى الصف الأول ، ويسخر الفرد لخدمته ، فالفرد عندهم ليس هو مصدر القانون ، وإنما المصدر الحقيقى للقانون هو الضرورات والحاجات الاجتماعية.

كما أن القانون فى هذه النظرية لا يتخذ موقفا سلبيا من المشاكل الاجتماعية التى يخلقها ترك العنان للحرية الفردية ، وإنما يقوم بدور إيجابى لتنظيم المجتمع ، وسد ما تنطوى عليه القوانين الطبيعية من نقص بوضع قوانين بشرية بواسطة الجماعة لتحقيق المساواة الفعلية بين الأفراد فى المجتمع [2] .

٣ — ومن حيث النظرة إلى حرية الفرد : فان هذه النظرية ترى أن الحرية ليست حقا طبيعيا للفرد ، وإنما هى منحة من الجماعة ، فالجماعة

---

(١) انظر د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون ط ١٩٧٠ فقرة ١٨ ص ٣٤ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ ص ٣٩

(٢) راجع : د. عبد الودود يحيى فى المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧٦ ص ٣٠ وما بعدها ، و د. احمد سلامة فى المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧٨ ص ٣٤ وما بعدها ، و د. شمس الدين الوكيل فى النظرية العامة للقانون ط ١٩٦٤ ص ٥٨ وما بعدها .

عندهم هى المصدر الوحيد للحرية الفردية ، ولهذا فلا يجوز للفرد أن يتمتع من الحرية إلا بالقدر الذى تمنحه إياه الجماعة ، وهى بالقطع لا تعطيه من هذه الحرية إلا قدرا يتفق وصالحها المشترك ، لهذا فهى توسع فى حرية الفرد أو تضيق فيها وفقا لحاجات الجماعة [١] .

٤ — ومن حيث كيفية تحقيق المساواة : فان أصحاب المذاهب الاشتراكية يختلفون فى كيفية تحقيق المساواة الفعلية تطرفا واعتدالا ، لأن المساواة القانونية عندهم لا تعنى المساواة الفعلية لأن الأفراد يختلفون من الناحية الاجتماعية قوة وضعفا ، فهناك الأقوياء الذين يملكون رءوس الأموال كأرباب الأعمال والشركات الاحتكارية ، وهناك أيضا الضعفاء كالعمال والمستهلكين ، والوضع على هذه الصورة يجعل من الحرية الفردية والمساواة القانونية ، سلاحا فى يد الأقوياء موجها إلى الضعفاء ، ووسيلة فى يد بعض الطبقات لاستغلال البعض الآخر ، لذا لا مفر من تحقيق المساواة الفعلية ، وسبيل ذلك عند بعض المتطرفين من أنصار هذا المذهب ، هو إلغاء الملكية الفردية وتملك الدولة لوسائل الإنتاج ، وعند بعض المعتدلين منهم يقتصر الأمر على توجيه الملكية الفردية لصالح المجموع تحت رقابة الدولة مع الاحتفاظ بها للأفراد ، على اعتبار أنها تؤدى وظيفة اجتماعية ولا تمثل حقا خالصا للأفراد ، لأن الجماعة فى نظرهم هى صاحبة الحقوق جميعا ، فان منحت الفرد بعض حقوق خاصة ، فهى فى ذات الوقت تحتفظ لنفسها بحق توجيه هذه الحقوق ووضع حدود لها ، بل إن للدولة فى النظام الاشتراكى ، الحق فى إرغام الأفراد على

---

(١) راجع : د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون ط ١٩٧٠ ص ٣٥، و د. عبد الحى حجازى فى المدخل لدراسة العلوم القانونية (نظرية القانون) ط ١٩٧٢ ص ٣٥٨ وما بعدها ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ ص ٣٨ وما بعدها .

استعمال حقوقهم ، لكى يمكن تحقيق الوظيفة الاجتماعية لهذه الحقوق ، وحتى لا تخرج عن المصلحة العامة ، وبذلك يمكن تحقيق المساواة الفعلية وقيام العدل التوزيعى ، لأن النظام فى المذهب الاشتراكى يحمى الحقوق ما لم يكن استعمالها يتعارض مع وظيفتها الاجتماعية والاقتصادية المحددة لها سلفا [١] .

٥ – وأخيرا من حيث مدى إعمال مبدأ سلطان الإردة : نجد أن أنصار المذهب الاشتراكى يوجبون عدم إطلاق العنان للإرادة بدعوى أنها صاحبة السلطان فى إنشاء ما ترى من روابط قانونية ، وفى تنظيم هذه الروابط ، بل يرون أن الدولة يجب عليها أن تتدخل فى تنظيم جميع الروابط الاجتماعية بقصد منع استغلال بعض الطبقات للبعض الآخر ، وذلك مثلا بتنظيم العلاقة بين العمال وأصحاب رءوس الأموال ، وبين شركات الاحتكار والمستهلكين وهكذا . ويهدفون من وراء ذلك كله إلى توجيه جهود الأفراد نحو غاية مشتركة هى سعادة المجموع [٢] .

(١) من ذلك ما جاء فى نص المادة الأولى من القانون المدنى السوفيتى التى تنص على أن القانون يحمى الحقوق المدنية ، إلا إذا كان استعمالها يتعارض مع وظيفتها الاجتماعية أو الاقتصادية . راجع : د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون ط ١٩٧٠ ص ٣٦ وهامش ١ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ص ٣٨ وما بعدها ، و د. أحمد سلامة فى المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧٨ ص ٣٣ ، و د. عبد الودود يحيى فى المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧٦ ص ٢٩

(٢) يلاحظ فى هذا الصدد أن المذاهب الاشتراكية بكافة اتجاهاتها المتطرفة أو المعتدلة تتفق جميعها على وجوب تدخل الدولة بالتنظيم القانونى للروابط الاجتماعية . راجع : د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون ط ١٩٠ ص ٣٦ ، و د. شمس الدين الوكيل فى النظرية العامة للقانون ط ١٩٦٤ ص ٢٦٠ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ ص ٤٠

٢٢ — تقييم المذهب الاشتراكى :

إن النظرية الاشتراكية كان لها دورها الفعال فى الحياة الاجتماعية وأى تقييم لها يقتضى منا أن نعرض لمزاياها ثم نعرج بعد ذلك على ما قد يكتنفها من عيب على يد المغالين فيها .

(أ) مزايا الاتجاه الاشتراكى تتلخص فى النقاط التالية :

١ — فضل الكشف فى وضوح عن عيوب المذهب الفردى ، وعن مدى إساءة بعض الطبقات لاستعمال حقوقها الخاصة بغض النظر عن فداحة الظلم الاجتماعى الناجم عن التعسف فى استعمال هذه الحقوق .

٢ — وكان له كذلك فضل التنبيه إلى حقيقة أغفلتها النظرية الفردية ومضمونها فى إيجاز ، أن المساواة القانونية لا تكفى وحدها لإقامة مجتمع صالح إذا ما انعدمت فى هذا المجتمع المساواة الفعلية — فالعدل بناء على النظرية الاشتراكية لم يعد هدفا يترك تحقيقه لمجرد التحرك التلقائى لإرادات الأفراد فى ظل حرية التصرف (أى العدل التبادلى) ، بل أصبح عدلا توزيعيا تقوم الدولة على تحقيقه فى إطار الصالح العام للمجتمع ، وفى ضوء ما قد يوجد بين الأفراد من تفاوت فى القدرات الاقتصادية .

٣ — وكما كان للمذهب الاشتراكى الفضل أيضا فى التغيير الجذرى لدور الدولة والقانون ، فلم تعد الدولة فى ظله مجرد إدارة حارسه يقتصر دورها على حماية حرية الأفراد فى ممارستهم لحقوقهم ودرء العدوان فيما بينهم ، بل امتد دورها للتدخل إيجابيا فى الحياة الاجتماعية والاقتصادية لهؤلاء الأفراد [١] .

---

(١) راجع : د. عبد الحى حجازى فى المدخل لدراسة العلوم القانونية
=

(ب) العيب الذى يؤخذ على المذهب الاشتراكى : يتمثل فى الخوف من أن يؤدى هذا المذهب إلى طغيان الدولة وتزايد سلطانها إلى الحد الذى يخشى معه أن تتدخل الدولة فى حياة الأفراد أكثر مما ينبغى فتنعدم بذلك الحريات الفردية ، التى جاهدت المذاهب الفردية من أجلها كثيرا ، ونجحت إلى حد كبير فى تقييد سلطان الدولة ، وكفالة الحرية لجميع أفراد المجتمع ، وتلك كانت ميزتها الكبرى ، فلا ينبغى أن نفرط فى هذه الحرية ، طالما أنها لا تضير المجتمع وتحقق فى ذات الوقت المساواة الفعلية بين أفراده [1] .

ويلاحظ فى هذا الصدد أن المذهب الاشتراكى هو الذى يسود الآن فى صورته المعتدلة ، فقد كثر بصورة ملحوظة تدخل الدولة فى مختلف الميادين ، وأصبحت تشرف على أغلب المرافق التى يرى أنصار النظرية الفردية أن تكون بمنأى عنها ، وقد تدخلت الدولة فى ظل المذهب الاشتراكى بقوانين تفرض العديد من القيود المختلفة على حرية التملك وحرية الاستعمال لهذا الحق وكذا التصرف فيه ، وبتحديد أسعار بعض السلع والمنتجات ، كما أخضعت عقد العمل الفردى للتنظيم الآمر الذى لا يجوز مخالفته ، وحددت الإيجارات بصورة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها فى أغلب الأحيان .. ولكن مع ذلك فإن معظم الدول تحترم الحرية الفردية

=

(نظرية القانون) ط ١٩٢ ص ٣٦٠ ، و د. عبد الودود يحيى فى المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧٦ ص ٣٧ ، و د. توفيق حسن فرج فى المدخل للعلوم القانونية ط ١٩٧٦ ص ٧٨ وما بعدها ، و د. محمود جمال الدين زكى فى دروس فى مقدمة الدراسات القانونية ط ١٩٦٤ ص ٣٩ وما بعدها، و د. سمير عبد السيد تناغو فى النظرية العامة للقانون ط ١٩٧٤ ص ١٢٣ وما بعدها ، و د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون ط ١٩٧٠ فقرة ١٩ ص ٣٦ و ٣٧

(١) راجع : د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون ط ١٩٧٢ ص٣٧، و د. احمد سلامة فى المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧٨ ص ٣٥ ، و د. شمس الدين الوكيل فى النظرية العامة للقانون ط ١٩٦٤ ص ٢٥٩

فى إطار القانون ، وإن كانت فى ظل النظام الاشتراكى تعترف بحق الملكية فإنهـا تحيطه ــ كمـا قلنا ــ بقيود متعـددة تكفل له تحقيق الوظيفة الاجتماعية [١] .

٢٣ ــ القانون المصرى ومدى تأثره بالمذهبين :

يبدو لنا عند تناول المراحل التى مر بهـا القانون المصرى فى مجال تأثره بالمذهبين الفردى أو الاشتراكى ، أنها تكاد تنحصر فى نطاق مرحلتين رئيسيتين : المرحلة الأولى وكان فيها القانون المصرى متـأثرا بصورة ظاهرة بالمذهب الفردى وإن كان قد استجاب فى خلال هذه المرحلة إلى بعض التأثيرات الاشتراكية ، أما فى المرحلة الثانية فإنا نرى فيها أن القانون المصرى قد انحاز بصورة ملموسة إلى المذهب الاشتراكى ، خاصة فى الفترة التى تليت قيام ثورة ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢ [٢] .

٢٤ ــ أولا : مرحلة تأثر القانون المصرى بالمذهب الفردى :

بدأت هذه المرحلة على وجه التحديد ، عندما وضعت المجموعات القانونية المصرية المختلطة فى عام ١٨٧٥ ، والمجموعات القانونية الأهلية فى عام ١٨٨٣ ، فقد لوحظ أن هذه المجموعات قد تميزت بنزعة فردية ظاهرة ، لأنها أخذت عن المجموعات الفرنسية ذات الاتجاه الفردى الذى كان يعد المذهب السائد فى ذلك الوقت .

---

(١) راجع : د. عبد الودود يحيى فى دروس فى مبادىء القانون ط ١٩٧٨ ص ٣٧ ، و د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون ط ١٩٧٢ ص ٣٧ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ ص ٤٠ .

(٢) راجع : د. شمس الدين الوكيل فى النظرية العامة للقانون ط ١٩٦٤ فقرة ٤١ ص ٢٦٢ ، و د. أحمد سلامة فى المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧٨ فقرة ١٧ ص ٣٦ وما بعدها ، و د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون ط ١٩٧٢ فقرة ٢٠ ص ٣٧ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ فقرة ٢٠ ص ٤٠

ولهذا يمكننا القول بأن المجموعة المدنية القديمة للقانون المصرى (المختلطة ، والأهلية) كانت تعبيرا أمينا عن المذهب الفردى ، فقد أطلقت حرية التملك ، وأعملت مبدأ سلطان الارادة بصورة كاملة ، فالعقد فيها شريعة المتعاقدين ، وليس للقاضى أن يرفض تطبيقه بدعوى عدم تعادل الالتزامات الناشئة منه ، أو بدعوى استغلال أحد الطرفين للطرف الآخر ، أو بأى حجة أخرى كالظروف الطارئة أو القوى القاهرة ، فالمشرع المصرى لم يورد وقتئذ على سلطان الإرادة أى قيد على الاطلاق سوى القيد العام الذى يتضمن عدم جواز الخروج على النظام العام والآداب [١] .

بيد أن القانون المصرى لم يكن بمعزل عن التيارات الفكرية التى بدأت فى الانتشار قبل الحرب العالمية الثانية ، ومن هذه الأفكار التيار الاشتراكى الذى بدأ يغزو العالم بأنظمته المختلفة ويؤثر فيه بصورة متفاوتة ، وتحت تأثير دعاة هذا الفكر الاشتراكى بدأ المشرع المصرى يخفف من تطرف الاتجاه الفردى ، فأصدر عدة تشريعات تحد من مبدأ الحرية المطلقة فى التعاقد ، خاصة فى مجال العمل وعلاقاته ، فقد فرض فى هذا المجال على أرباب الأعمال ، واجب تقديم الخدمات الصحية والاجتماعية ، وكفل للعمال الحق فى الاضراب عند الاقتضاء ، كما أعطى العامل الحق فى التعويض عما يلحقه من أضرار فى أثناء أداء العمل أو بسببه [٢] ، إلى غير ذلك من التشريعات التى تساهم فى تحقيق جزئى

---

(١) راجع : د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون ط ١٩٧٠ ص ٣٧ و ٣٨ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ ص ٤٠ و ٤١ ، و د. احمد سلامة فى المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧٨ ص ٣٨

(٢) يقيم القانون المسئولية هنا على أساس فكرة تحمل التبعة risque ، أو ما يعبر عنه بلفظ الغرم بالغنم ، ويقصد به أن من ينتفع بشيء أو من يقوم بنشاط ما ، يصبح مسئولا عن جميع الأضرار الناجمة من ذلك الشيء أو المترتبة على هذا النشاط دون حاجة إلى إثبات تقصير أو إهمال فى جانبه ادى إلى وقوع الإصابة أو الضرر .

لمبدأ التضامن الاجتماعى ، وهى فى معظمها مستمدة من الأفكار الاشتراكية . وذلك من وجهة نظر شراح القانون المدنى المصرى[1] .

ولكن وجهة الحق فى فقه الشريعة الاسلامية تؤكد من خلال تراث فقهائها أن هذه الأفكار مأخوذة روحا ومادة من لبنات الفقه الاسلامى ، وليس لفقه القانون الوضعى أى فضل حيالها سوى حسن العرض فحسب[2] .

---

(١) راجع : د. احمد سلامة فى المدخل ط ١٩٧٨ ص ٣٩، و د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون ط ١٩٧٠ و ١٩٧٢ ص ٣٨ و ٣٩ ، و د. شمس الدين الوكيل فى النظرية العامة للقانون ط ١٩٦٤ ص ٦٤

(٢) نورد هنا بعض الرسائل العلمية التى نوقشت لنيل درجة العالمية (الدكتوراه) فى كلية الشريعة والقانون بالقاهرة وتتناول ما يتصل بمضمون هذا الموضوع بالتفصيل فنذكر منها : المسئولية التقصيرية بين الشريعة الإسلامية والقانون (١٩٦٣ م) — التعسف فى استعمال الحق مقارنا بالقانون الوضعى (١٩٦٥ م) — سلطان الإرادة التعاقدية فى الفقه الإسلامى (١٩٧٢) — حق الملكية ، طبيعته ، ووظيفته ، وقيوده فى الشريعة الإسلامية (١٩٧٢ م) — نظرية الظروف الطارئة بين التشريع الإسلامى والقانون الوضعى (١٩٧٢ م) — نظرية الإرادة المنفردة فى الفقه الإسلامى (١٩٧٣ م)— القيود الواردة على الملكية فى الشريعة والقانون (١٩٧٦ م) ... وغير ذلك العديد من الرسائل العلمية التى نوقشت فى كليات الحقوق بالقاهرة وعين شمس والإسكندرية وأسيوط ، وكلية الشريعة والقانون بأسيوط . ويهمنا أن ننوه برسالتين لنيل درجة الدكتوراه فى موضوع تحمل التبعة الأولى نوقشت فى كلية الحقوق جامعة القاهرة تحت عنوان : تحمل التبعة فى الفقه الإسلامى (١٩٥٠ م) — والثانية نوقشت فى كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر بالقاهرة تحت عنوان : نظرية تحمل التبعة بين الشريعة والقانون (١٩٧٨م).

وهذا التراث الفقهى الإسلامى إن دل على شىء فإنما يدل على ثراء الشريعة الإسلامية وأنه لا غنى عنها ولا عن تطبيقها ، مهما حاول رجال القانون أن يتسربلوا بفقه النظريات الشرقية أو الغربية ، وليعلم الجميع أن النظام الحديث قد يكون خيرا من النظام القديم هذا فى حالة المقارنة بين ما صنعه الناس قديما ويصنعونه اليوم ، ولكن بدون شك لا يمكن للتشريع الوضعى الحديث ان يصل إلى مستوى التشريع الإسلامى على قدمه وأصالته إذا قورن ما صنعه الناس بما صنعه رب الناس .

واستعير هنا عبارة الشهيد عبد القادر عودة حيث يقول : « وليعجب من شاء كما يشاء من هذا القول ، فإن الحق فى هذه الأيام اصبح غير مألوف =

وعلى طريق التطور الذى مضى فيه القانون المصرى بخطى واسعة تجاه التيار الاشتراكى ، تأكد هذا التطور بصدور المجموعة المدنية الجديدة بالقانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٤٨ وهى المجموعة السارية ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ م وحتى الآن . فقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع هذه المجموعة ما نصه : « ... والاتجاه الرئيسى الأخير أن المشروع من ناحية ما يقوم عليه من أسس اجتماعية واقتصادية ، إنما يجارى نزعات عصره ، فلا يقف من الديمقراطية عند معناها القديم بل يماشى ما لحق بهـا من تطورات عميقة ستكون الآن بعد أن وضعت الحرب أوزارها أبعد مدى وأبلغ أثرا . فالمشروع لا يقدس حرية الفرد إلى حد أن يضحى من أجلها بمصلحة الجماعة ، ولا يجعل من سلطان الإرادة المحور الذى تدور عليه الروابط القانونية ، بل هو يوفق ما بين حرية الفرد ومصلحة الجماعة ، ثم هو بين الفرد والفرد لا يترك القوى يصرع الضعيف بدعوى وجوب احترام الحرية الشخصية ، فليس الفرد حرا فى أن يتخذ ما هيأته له النظم الاجتماعية والاقتصادية من قوة تكئة ليتعسف ويتحكم . لذلك يقف المشروع إلى جانب الضعيف فيحميه كما فعل فى عقود الإذعان [1] عندما جعل تفسير ما اشتمل عليه من شروط تعسفية محلا لتقدير القاضى ، وكما فعل فى النصوص الخاصة بالاستغلال عندما أوجب على القاضى أن يتدخل لنصرة المتعاقد إذا استغلت حاجته أو طيشـه أو عدم خبرته أو ضعف

= بحيث يعجب منه أكثر الناس ، ولكن العجب لن يستبد بمن كان له عقـل يفكر ، ويقدر ، ويقارن ، ويوازن ، ويميز الخبيث من الطيب » راجع مؤلفه فى التشريع الجنائى الإسلامى مقارنا بالقانون الوضعى (طبعة دار الكاتب العربى ببيروت) جـ ١ ص ٥٥

(١) عقود الإذعان : هى عقود لا يناقش فيها كلا الطرفين شروط العقد كما تجرى العادة فى غيرها من العقود ، وإنما يقتصر الأمر فيها على قبـول الشروط التى يضعها أحد الطرفين مقدما ويقبلها الطرف الآخر بإذعان دون أدنى مناقشة كالشروط التى تفرضها شركات الاحتكار ، وكالعقود التى تبرمها شركات الكهرباء والمياه والغاز والتأمين مع الجمهور .

إدراكه . وكما فعل فى حماية العامل عندما أحاط عقد العمل بسلسلة قوية من الضمانات تدرأ عنه تعسف رب العمل ، وهو إلى جانب كل هذا وقبل كل هذا يضع مبدءا عاما ينهى فيه عن التعسف فى استعمال الحق »[١] .

لا شك فى أن ما أورده القانون المدنى المصرى متأثرا بالاتجاهات الاشتراكية الجديدة فى بعض نواحيها ، يعد تقدما نسبيا من الناحية الاجتماعية ، يقصد بها تلافى مساوىء إطلاق المذهب الفردى ، ومع أن هذه التطبيقات المشار إليها ليست أكثر من مجرد « مجاراة لنزعات العصر » على حد تعبير المذكرة الإيضاحية ذاتها ، ولكن إذا عدلت مجموعتنا المدنية فى يوم ما ، فإنه بلا ريب سيكون أثر الاتجاه الاشتراكى أكثر ظهورا فيها ، خاصة بعد صدور العديد من القوانين التى تساير التيار الاشتراكى وذلك تمشيا مع مقتضيات العصر[٢] .

٢٥ — ثانيا : مرحلة تأثر القانون المصرى بالمذهب الاشتراكى :

لقد قوى تأثير التيار الاشتراكى فى مصر بعد ثورة ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢ التى أعلنت إيمانها بمبادىء العدالة والمساواة ، وسعت عمليا إلى إقامة مجتمع ديمقراطى اشتراكى تعاونى ، فأصدرت قانون الإصلاح الزراعى وهو القانون رقم ١٧٨ الصادر فى ٩ سبتمبر سنة ١٩٥٢ ، الذى قضى بألا تتجاوز ملكية الفرد من الأراضى الزراعية مائتى فدان ، وكان

---

(١) تنص المادة الخامسة من القانون المدنى على أنه : « يكون استعمال الحق غير مشروع فى الأحوال الآتية :

(أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير .

(ب) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها .

(جـ) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة » .

(٢) راجع : د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون ط ١٩٧٠ ص٤١، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة الحق ط ١٩٧٩ ص ٤٢

يرمى هذا القانون إلى القضاء على الاقطاع الزراعى [1] ، ويعطى للدولة الحق فى الاستيلاء على ما زاد عن هذه الأفدنة فى مقابل تعويض قدره القانون ، وقد وزعت الأراضى المستولى عليها على صغار الفلاحين فى كل قرية بحيث يكون لكل منهم ملكية صغيرة لا تقل عن فدانين ولا تزيد على خمسة أفدنة ، ثم صدر القانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٥٨ ليضع حدا أقصى لملكية الأسرة هو ثلثمائة فدان ، ثم خفض القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ الحد الأقصى للملكية الزراعية للفرد الواحد إلى مائة فدان كقاعدة

---

(١) جاء فى المذكرة الايضاحية لقانون الاصلاح الزراعى ، وفى تصريحات بعض المسئولين : انه قد تبين عند قيام الثورة (٢٣ يوليو ١٩٥٢ م) أن حوالى ٩٤ ٪ من ملاك الأراضى الزراعية يملكون ٣٥ ٪ من الأراضى المنزرعة، بينما ثمانية فقط من كل عشرة آلاف من الملاك يملكون ١٩ ٪ من أراضى مصر الزراعية ، فى الوقت الذى كان يملك فيه ٢٧٦٠٦٦١ شخصا من الأراضى الزراعية ٥٩٦٢٦٦٢ فدانا ، وكان يملك ٢١١٥ شخصا من الأراضى الزراعية ١٢٠٨٤٩٣ فدانا ، وكانت معظم هذه الملكيات الكبيرة قد آلت إلى أصحابها نتيجة لسياسة اقطاع الأراضى للأقارب والمحاسيب ... والتى دأب عليها الحكام منذ عهد محمد على باشا إلى جانب ما اقطعه الاستعمار الإنجليزى لبعض الأسر من أراضى إسماعيل باشا خديوى مصر ، والتى كان يطلق عليها الدائرة السنية ، يضاف إلى ذلك أن التنافس على كراسى البرلمان قد أدى بالكثيرين إلى اقتناء مساحات كبيرة من الأراضى الزراعية لربط أكبر عدد من الفلاحين أصحاب الأصوات بملاك هذه الأراضى بقصد السيطرة على موارد رزقهم ، لأن معظم ملاك الأرض كانوا من الاقطاعيين ، وكانت الكثرة الغالبة من الفلاحين لا يملكون قيراطا واحدا من الأرض ، فكانت الثورة تهدف إلى القضاء على هذا التفاوت الكبير ، وإلى تقريب الفوارق بين الطبقات ، ويضاف إلى ذلك أنها كانت ترمى إلى تحويل الثروات من الاستغلال الزراعى إلى الاستغلال الصناعى ، حتى ترتفع أجور العمال ويزيد النمو الاقتصادى للدولة . راجع : د. عبد الناصر توفيق العطار فى البداية فى شرح القوانين الزراعية دراسة مقارنة بالفقه الإسلامى (على الآلة الناسخة) سنة ١٩٨٣ فقرة ٨ ص ١٠ و ١١ ، و د. عبد المنعم البدراوى فى دروس القانون الزراعى ط ١٩٧٠ ص ٢٣ ، و د. سمير عبد السيد تناغو فى القانون الزراعى ط ١٩٧٠ ص ١٧ ، و د. أحمد سلامة فى القانون الزراعى ط ١٩٧٠ ص ٤٠ ، و د. حسام الدين الأهوانى فى أصول القانون الزراعى ط ١٩٧٣ ص ٢٧ ، و د. نعمان محمد خليل جمعة فى دروس فى القانون الزراعى ط ١٩٧٣ ص ١٣ وما بعدها .

عامة ، وألغى ملكية الأسرة ، ثم صدر بعد ذلك القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ بجعل الحد الأقصى لملكية الفرد خمسين فدانا ولملكية الأسرة مائة فدان . كما نظم المشرع المصرى علاقة مالك الأرض الزراعية بمستأجريها على نحو يكفل حماية المستأجر من تعسف المالك ، كما سمح لعمال الزراعة بحق تكوين نقابات خاصة بهم ، ووضع حدا أدنى لأجر العمال الزراعيين ، ثم تعاقبت التشريعات المتوالية منذ ذلك الحين وهى تتجه جميعها نحو تحقيق ما سمى بسيطرة قوى الشعب العاملة على مصادر الإنتاج والثروة ، بغرض إعادة توزيعها بين أفراد المجتمع .

وقد برز الطابع الاشتراكى فى أول دستور وضعته الثورة المصرية والذى أعلن فى ١٦ يناير سنة ١٩٥٦ فقد نص فى مادته الرابعة : « على أن التضامن الاجتماعى أساس المجتمع » ، وقد حرص هذا الدستور على تأكيد الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة وقد نص على ذلك فى المادة (١١) ومضمونها : « أن الملكية الخاصة مصونة ، وينظم القانون أداء وظيفتها الاجتماعية » .

وقد حاول القائمون على الثورة فى ٢٥ يونيو سنة ١٩٦٢ بلورة فلسفتها وحدودها حيث أعلنوا فى المؤتمر الوطنى القومى للقوى الشعبية العاملة ، ميثاقا [1] للعمل الوطنى ليكون — على حد تعبيرهم — « طريقا للثورة ودليلا للعمل من أجل المستقبل » . وقد أكد هذا الميثاق حتمية

(١) ينبغى علينا أن ندرك بأن هذه المواثيق أو البيانات لم تكن سوى مجرد دعاية سياسية ، أما من الناحية العلمية والعملية فلم تكن ذات قيمة ، ويمكننا أن نطلق عليها بحق أنها من أساليب التعمية على الشعب ، وتحسين الواجهة الخارجية بمساحيق الدعاية لمجرد الخداع والبروز على المسرح العالمى بصورة مخالفة تماما لما عليه الوضع الداخلى فى هذه الفترة من ظلم اجتماعى صارخ ، وقيود ارهابية على حرية القول والفعل أودت بنا فى النهاية إلى هزيمة ٥ يونيو سنة ١٩٦٧ التى لم تكن فى الواقع سوى هزيمة لهذا الوضع السياسى الكئيب .

الحل الاشتراكى ، وضرورة قيام الاشتراكية على أساس كفاية الانتاج وعدالة التوزيع ، وعد هذا الميثاق بمثابة وثيقة وطنية تلتزم بها جميع تنظيمات وسلطات الدولة •

وعلى طريق التأثر بالاتجاه الاشتراكى أيضا أعلن ما يسمى ببيان [1] ٣٠ مارس سنة ١٩٦٨ ليعيد التأكيد مرة أخرى على حماية المكاسب الاشتراكية وتدعيمها ، وأن العمل هو المعيار الوحيد للقيمة الانسانية • كما نص على ضرورة وضع الضمانات الكافية لحماية الملكية العامة ، والملكية التعاونية ، والملكية الخاصة ، مع بيان حدود كل منها ودوره الاجتماعى ، كما أوصى هذا البيان بانشاء محكمة دستورية عليا ، يكون لها الحق فى تقرير دستورية القوانين وقد صدر بعد ذلك بفترة طويلة القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ باصدار قانون المحكمة الدستورية العليا [2] •

وجاء الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية فى ١١ سبتمبر سنة ١٩٧١ لبنص على أن « صيغة تحالف قوى الشعب العاملة ليست سبيلا للصراع الاجتماعى نحو التطور التاريخى ، ولكنها فى هذا العصر الحديث ومناخه ووسائله صمام أمان يصون وحدة القوى العاملة فى الوطن . ويحقق إزالة المتناقضات فيما بينها فى التفاعل الديمقراطى » وجاء فى نص مادته الأولى أن : « جمهورية مصر العربية دولة نظامها اشتراكى ديمقراطى يقوم على تحالف قوى الشعب العاملة » • وورد فى مادته الرابعة أن : « الأساس الاقتصادى لجمهورية مصر العربية هو النظام الاشتراكى الديمقراطى القائم على الكفاية والعدل بما يحول دون الاستغلال ، ويؤدى إلى تقريب

---

(١) ترد عليه نفس الملاحظة السابقة .

(٢) الجريدة الرسمية العدد ٣٦ الصادر فى ٦ سبتمبر سنة ١٩٧٩

الفوارق بين الدخول ، ويحمى الكسب المشروع ، ويكفل عدالة توزيع الأعباء والتكاليف العامة » [١].

ونضيف إلى كل ما سبق أن الاتجاه الاشتراكى أثر فى القانون المصري بشكل واضح ، على الأخص فى قوانين الإيجار وهى القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ ، والقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، والقانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ ، وعلى قانون العمل الذى صدر أخيرا وهو القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ الذى تأثر بشكل ملحوظ بالتيار الاشتراكى .

لذا يمكننا أن نقول بحق أن المذهب الاشتراكى فى صورته المعتدلة قد أضبحت له السيادة فى نظامنا القانونى كله فى إطار من قيمنا ، وبدون إفراط أو تفريط [٢].

---

(١) هذه المادة معدلة بقرار مجلس الشعب بتعديل الدستور بجلسته المنعقدة فى ٣٠ ابريل سنة ١٩٨٠ . راجع فى التعديلات التى وردت على الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية مجلة المحاماة ملحق العددين الخامس والسادس للسنة الستين ط ١٩٨٠ ص ٦ وما بعدها .

(٢) راجع فى هذا المعنى : د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون طبعة ١٩٧٠ ص ٤١ و ٤٢ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ ص ٤٢ و ٤٣ ، و د. أحمد سلامة فى المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧٨ ص ٤٠ وما بعدها ، و د. شمس الدين الوكيل فى النظرية العامة للقانون ط ١٩٦٤ ص ٢٦٥ وما بعدها .

المبحث الثالث

التفرقة بين القاعدة القانونية وغيرها من القواعد الاجتماعية الأخــرى

٢٦ ــ القانون وقواعد السلوك الاجتماعى الأخرى :

إن المجتمع لا يعتمد على القاعدة القانونية وحدها فى حكم ما ينشأ بين أفراده من علاقات وروابط ، بل يعتمد أيضا على مجموعة أخرى من قواعد السلوك الاجتماعى ، فقواعد الدين ، وقواعد الأخلاق ، وقواعد المجاملات ما هى إلا قواعد سلوك اجتماعى تفرض على أفراد المجتمع إطارا يجب أن تدور فى نطاقه أفعالهم وتصرفاتهم ، ورغم ما يجمع بين هذه القواعد من سمات إلا أنها تتميز عن القواعد القانونية من جوانب شتى ، ومن ثم يجب عدم الخلط بينها •

٢٧ ــ الفرق بين القواعد الدينية والقواعد القانونية :

قبل أن نوضح ما يفرق بين قواعد الدين والقاعدة القانونية ينبغى علينا أن نبين الأحكام التى يجىء بها الدين وهى أربعة أنواع [1] :

فالنوع الأول : أحكام عقدية أى تتعلق بالعقيدة وهى التى تبين لنا ما يجب على الفرد اعتقاده فى حق الله تعالى ، وفى حق رسله وفى اليوم الآخر وما فيه من ثواب وعقاب •• ويسمى العلم المتخصص فى هذه الدراسة بعلم العقيدة أو علم التوحيد ، أو علم الكلام •

---

(١) انظر فى ذلك محاضراتنا على الآلة الناسخة فى المدخل لدراسة القانون الكتاب الأول نظرية القانون الطبعة الأولى سنة ١٩٨٣ فقرة ١٨ ، وبحثنا فى ضوابط القاعدة القانونية ومدى تميزها عن القواعد الاجتماعية الأخرى المنشور فى مجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط العدد الثانى ط ١٩٨٤ ص ٧٦ و ٧٧

والنوع الثانى : العبادات وهى تتعلق بما يقوم به الانسان من طاعات لله سبحانه وتعالى تختلف بحسب ما جاء فى كل شريعة على حدة ، وهى أمور فى الغالب يجب على الفرد أن يقوم بها فى نطاق ما تقرره شريعته والعلم الذى يختص بتنظيم ذلك يسمى بعلم الفقه والأصول .

والنوع الثالث : أحكام تتعلق بالأخلاق والآداب وما ينبغى أن يتحلى به الفرد من فضائل ، وما يجب عليه أن يتجنبه ، أى علم التخلية والتحلية ويطلقون على العلم المتخصص فى ذلك علم الأخلاق .

أما النوع الرابع والأخير : فهى الأحكام التى تتعلق بالمعاملات وبأفعال الأفراد وتنظيم روابطهم ببعضهم البعض ويشمل على ذلك علوم كثيرة منها فقه المعاملات وفقه الجنايات ، والحدود والتعازير ، ونظام الأسرة .. الخ .

من كل ذلك يبدو لنا أن القواعد الدينية أوسع نطاقا من القواعد القانونية الوضعية ، لأن قواعد الدين تتناول أحكام الحياة الدنيا والحياة الأخرى جميعا ، أما القوانين الوضعية فهى غير منظور فيها إلا إلى الأحكام الدنيوية فقط أى إلى السلوك الاجتماعى الظاهر فحسب [1] .

من هذا يتضح لنا أن الدين لا يشترك مع القانون فى كل ما أسنفناه إلا فى طائفة من ذلك النوع الرابع من الأحكام ، وهى الأحكام التى تنظم أفعال الإنسان وعلاقاته مع غيره من الناس ، ومن هذه الناحية الأخيرة فقط يرى فقهاء القانون الوضعى أن القاعدة الدينية تعد فى هذه الحالة

(١) المرجعان السابقان ص ٢١ و ٢٢ ، و ص ٧٦ و ٧٧ على التوالى .

فقط صورة من صور القواعد القانونية[1] . ومع ذلك فما يزال فى تقديرهم الفارق كبير بين القواعد الدينية والقواعد القانونية حتى فى الدائرة التى يرون اشتراك القاعدة القانونية مع القاعدة الدينية فيها ، ويحصرون هذا الفارق فى نوع الجزاء الذى يترتب على مخالفة كل منهما . فكل فعل أو قول له فى حكم القانون الوضعى أثر واحد دنيوى مادى كالصحة والبطلان ، وترتب المسئولية واستحقاق العقاب وغير ذلك من صور الجزاء . أما فى حكم الدين أو القواعد الدينية فإن للفعل أو القول أثرين : أولهما يماثل ما يترتب على مخالفة القاعدة القانونية من أثر . والثانى : الثواب أو العقاب الأخروى المترتب على هذا القول أو الفعل[2] .

ومن الخطأ الشائع بين بعض فقهاء القانون الوضعى فى مصر القول بأن القواعد الدينية تتميز عن القواعد القانونية فى أن الجزاء فى الأولى مؤجل للآخرة وأنه فى الثانية معجل فى الدنيا يوقع فى الحال بواسطة سلطات الدولة . إذ الحقيقة كما أسلفنا أن أفعال الإنسان لها فى أغلب

---

(١) انظر فى هذا المعنى : د. عبد المنعم فرج الصدة فى دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى جـ ١ نظرية القاعدة القانونية على الآلة الناسخة سنة ١٩٦٩ ص ٢٤ وما بعدها ، و د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون ط ١٩٧٠ فقرة ٢٢ و ٢٣ ، و د. عبد الناصر توفيق العطار فى مدخل لدرسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ط ١٩٧٩ فقرة ٣٤ و ٣٥ ، وبحثنا السابق الاشارة إليه فى مجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط العدد الثانى ط ١٩٨٤ ص ٧٧ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ فقرة ٧٤ ص ١٣١ وما بعدها .

(٢) د. عبد المنعم البدراوى المرجع السابق فقرة ٢٣ ص ٤٤ ، د. عبد الناصر العطار فى مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ط ١٩٧٩ فقرة ٣٥ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ فقرة ٧٤ ص ١٣١

الشرائع الدينية جزاء دنيوى وآخر أخروى وعلى الأخص فى عقيدة الاسلام [1] .

وتمتاز الشريعة الاسلامية على سائر الشرائع السماوية بأنها تتضمن قواعد مفصلة كاملة شاملة لتنظيم علاقات الأفراد ومعاملاتهم وأحوالهم الشخصية منها والمالية على السواء ، وهذه قواعد تعتبر من صميم القواعد القانونية بالمعنى الصحيح ، فهى شريعة متميزة تنظم علاقة الانسان بربه ، وعلاقته بنفسه ، ثم علاقته بالآخرين ، ولا ينقصها فى زماننا إلا صدور تشريع يعطيها سلطان الفصل بالقوة عند الاقتضاء بين الناس ، لتعود إلينا بعد أن حجبت عنا بسلطان الباطل وتحكم الجهلاء [2] ، « ويأبى الله إلا أن يتم نوره ولو كره الكافرون » [3] .

هذا وسندرس — عند تعرضنا لمصادر القانون المصرى — مدى اعتبار الدين والشريعة الاسلامية على وجه الخصوص مصدرا من مصادر القانون عندنا ، بل وسنعرض لما ينبغى على أولى الأمر أن يفعلوه لتحكيم هذه الشريعة فى شتى مناحى الحياة لنكون وبحق « خير أمة أخرجت للناس » [4] .

٢٨ — الفرق بين القواعد القانونية والقواعد الخلقية :

قواعد الأخلاق : هى مجموعة القواعد المثالية التى توصل إليها

---

(١) انظر د. احمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن فى الوجيز المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧٠ ص ٣٦

(٢) انظر محاضراتنا فى المدخل لدراسة القانون ص ٢٣ ، وبحثنا فى مجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط العدد الثانى ص ٧٨

(٣) سورة التوبة من الآية ٣٢

(٤) سورة آل عمران من الآية ١١٠

المجتمع لدعم الخير والحث عليه ودفع الشرور ومحاربتها بين أفراده[1] . ومن أمثلتها قواعد التعاون على البر والتقوى ، وتجنب الكذب وخلف الوعد ..

وقد جرى فقهاء القانون الوضـعى على التمييز بين الأخلاق وبين القانون فهما فى نظرهم يختلفان من حيث الغرض ، ومن حيث النطاق ومن حيث الجزاء .

ولمزيد من البيان سنتناول أوجه الخلاف هذه بشىء من التفصيل فيما يلى :

أولا : الفرق بين القاعدة القانونية وقواعد الأخلاق من حيث الغرض إذا نظرنا إلى ما يتغياه القانون فإنا نراه يهدف إلى تحقيق غاية نفعيـة مضمونها هو إيجاد النظام فى المجتمع وحفظه . أما الأخلاق فغايتها مثالية تنزع بالفرد نحو الكمال ، فتأمره بالمعروف وتنهاه عن المنكر ، وتحضه على التحلى بالفضائل ، والتخلى عن ارتكاب الرزائل وتلك غاية سـامية تدعو القواعد الخلقيـة إلى تحقيقهـا لنعيش عالم المثال أو المدينـة الفاضلة[2] .

ثانيا : يختلف القانون والأخلاق من حيث نطاق كل منهما : فدائرة الأخلاق أوسع من دائرة القانون ، فالأولى يدخل فيها واجب الإنسان نحو نفسه وهذه هى الأخلاق الشخصية أو الفردية ، ثم واجبه نحو الغير ،

---

(١) انظر د. احمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن فقرة ١٨ فى المرجع السابق الاشارة إليه ، و د. عبد الناصر العطار فقرة ٣٧ فى المرجع السابق الاشارة إليه ، ومحاضراتنا السابق الاشارة إليها فقرة ١٥ ، وبحثنا فى مجلة الكلية فى العدد الثانى ص ٧٩

(٢) انظر د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون ط ١٩٧٠ ص ٤٤

وهذه بلا ريب هى الأخلاق الاجتماعية ، كما أن الأخلاق فضلا عن ذلك تعنى بالمقاصد والنوايا إلى حد كبير ولا تكتفى فى الحكم على أعمال الأفراد بظاهر سلوكهم .

أما دائرة القانون فهى لا تشتمل إلا على علاقات الانسان مع غيره من الناس ، ولا تهتم كثيرا بواجبه نحو نفسه . ثم انها أيضا لا تعنى بكل علاقات الأفراد فيما بينهم ، فالقانون لا ينظر إلا إلى أعمال الفرد وسلوكه الظاهر ولا يعنى بما يضمره أو بما يستقر فى نيته أو يعتمل فى صدره ، وإذا عنى القانون بالنية فى بعض الأحوال فإن اهتمامه هذا مرتبط بظهور النية مقترنة بسلوك ينم عنها ويجسمها كما فى حالات سبق الإصرار والترصد . بل إن القانون الوضعى يتضمن طائفة من القواعد لا دخل لها بالأخلاق إطلاقا ، وهى مجال يستقل به القانون كقواعد المرور ، وتشريعات الضرائب ، وقوانين التنيظم السياسى للدولة .

وبالإضافة إلى ما سبق فإن القانون الوضعى لا يؤيد كل المبادىء الأخلاقية فالقانون يجيز الفوائد الربوية ، ويلزم المدين بالوفاء عند حلول الأجل ويحمله فوائد تأخيرية عند المماطلة فى بعض الأحوال ، ولا يجعل للدائن سلطانا على المدين إذا تقاعس عن طلب حقه مدة خمس سنوات من تاريخ استحقاق الدين ويسمى هذا النظام بالتقادم المسقط ، ويعطى الحق للمغتصب فى تملك مال الغير بدون رضائه وذلك فى بعض الأحوال التى يتم فيها حيازة العقار المغصوب حيازة مستمرة لمدة معينة (خمس عشرة سنة) ويسمى هذا النظام بالتقادم المكسب ، وكلا النظامين قد يؤديان إلى الخروج على ما تقضى به الأخلاق فى كثير من الأحوال . كما أنه

لا أخلاق فى الفوائد الربوية التى يقرها القانون فى جميع الصور التى وردت فيه ، لأنها تثقل كاهل المدين على أى حال [١] .

ثالثا : يختلف القانون أيضا والأخلاق من ناحيـة الجزاء : فجزاء القواعد الخلقية ذاتى واجتماعى ، فيتمثل من الناحية الذاتية فى تأنيب الضمير والاضطراب النفسانى فى بعض الأحوال ، ومن الناحية الاجتماعية يتمثل فى استنكار الناس للسلوك المناف للأخلاق واحتقارهم لمن يخرج على قواعد الأخلاق . أما الجزاء المترتب على مخالفة القواعد القانونية فهو جزاء مادى توقعه السلطة العامة بالقوة عند الاقتضاء ، وهذا أهم ما يميز قواعد القانون عن قواعد الأخلاق .

وتتفق قوعد الأخلاق مع القواعد القانونية فى أن كل منهما تمثل

---

(١) انظر د . عبد المنعم البدراوى فى المدخل للعلوم القانونية ط ١٩٦٦ ص ٤٧ ، وفى مبادىء القانون ط ١٩٧٠ فقرة ٢٤ ، و د . عبد الناصر العطار ص ١٠٢ أ و ١٠٣ فى المرجع سابق الاشارة إليه ، وبحثنا بمجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط والعدد الثانى ص ٧٩ و ٨٠ .

هذا ولا شك فى أن الربا محرم بنص الكتاب والسنة فى شريعة الإسلام . كما أن الفلاسفة يقررون أنه عمل لا أخلاقى ، ويرى الفيلسوف « أرسطو » أنه كسب مناف للعقل وللطبع فيقول فى ذلك : « كان حقا علينا أن نستنكر الربا ، لأنه طريقة تولدت من النقد نفسه ، وهى تمنعه مما وجد لأجله ، لأن النقد لا ينبغى أن يكون إلا للمعاوضة والربح منها ، والفائدة أو الربا هى نقد تولد عن نقد . وهذا النوع من الكسب هو من بين ضروب الكسب كلها — الكسب المضاد للطبع » انظر الأستاذ الجليل محمد أبو زهرة فى أحكام التركات والمواريث ص ٤٤ هامش ٢ طبعة دار الفكر العربى بالقاهرة ، وراجع أيضا فى هذا المعنى بتوسع رسالتنا فى كسب الملكية بالميراث دراسة مقارنة فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى ص ٤٩٩ هامش ٣ (الرسالة على الآلة الناسخة) سنة ١٩٨٢

وراجع أيضا فى هذا المعنى : Ripert فى كتابه La règte morale dans les obligations civiles حيث حاول التدليل على أن للقانون أساسا خلقيا ، وكذا N. S. Timachef فى مقدمة للاجتماع القانونى ص ١٤٥

قواعد سلوك اجتماعية عامة . كما تتفقان فى أن كل منهما يسعى فى النهاية إلى تنظيم وتنسيق التعايش بين الأفراد فى المجتمع وتحقيق الخير العام [١]

وبالرغم من كل ما ذكرناه من أوجه الخلاف بين القانون والأخلاق إلا أن هذا لا يعنى انقطاع الصلة بينهما لأن الانسان حين يضع قوانينه إنما يصوغها على ضوء حصيلة تجاربه ومفاهيم القيم التى استقر عليها مجتمعه . لذلك كان من الطبيعى أن تأتى كثير من القواعد القانونية معبرة عن مضمون قواعد أخلاقية استقرت فى المجتمع فما ينص عليه القانون من أحكام تحرم الجرائم كالقتل والسرقة والنصب والاحتيال ... الخ ليس إلا إقرار للأخلاق الفاضلة . وإذا نظرنا بصورة موضوعية إلى ميلاد القاعدة القانونية وتطورها من زاوية علاقتها بالأخلاق لوجدنا أن الصلة بينهما تتأكد باستمرار ، فمبادىء التكافل الاجتماعى كانت إلى عهد قريب مجرد مبادىء أخلاقية ، صارت اليوم واجبات قانونية محددة يدعمها جزاء رادع كقوانين العمل التى شرعت لحماية العامل وتقوم على قيم أخلاقية أصيلة [٢] .

من كل هذا يبدو لنا مدى الرابطة التى تجمع بين القانون والأخلاق فنستطيع أن نقول وبصدق أن معظم القواعد القانونية هى قواعد مزدوجة ، بمعنى أنها قواعد قانونية وخلقية فى ذات الوقت .

---

(١) راجع : د. احمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن ص ٣٨ فى المرجع السابق الاشارة إليه ، و د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون ص ٤٦ ، و د. عبد الناصر العطار ص ١٠٣ فى المرجع السابق الاشارة إليه ، وبحثنا فى مجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط العدد الثانى ص ٨١

(٢) راجع : د. عبد المنعم البدراوى ص ٤٧ فى المرجع السابق ، و د. احمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن ص ٣٧ و ٣٨ فى المرجع السابق الاشارة إليه ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ ص ١٣٠

٢٩ — الفرق بين القواعد القانونية وقواعد المجاملات :

قواعد المجاملات : هى مجموعة المبادىء التى ترمى إلى جعل الحياة بين الناس أكثر رقة وتهذيبا وتدعوهم إلى بذل مزيد من الأساليب التى تساعد على تحقيق السعادة لهم ولغيرهم ، كالتهنئة فى المناسبات السعيدة والمواساة عند حدوث الوفاة أو ما يؤلم • فهى كماليات أصبحت مع ارتقاء الشعور الانسانى من الأمور الضرورية التى تحقق للانسان سعادته وسروره [1] •

وقواعد المجاملات لم يعتبرها المجتمع قواعد جوهرية وأساسية حتى الآن ولذلك فهو لم يحطها بجزاء مادى توقعه الدولة عند الاقتضاء ليكفل لها الاحترام اللازم ، فالخارج على هذه القواعد لا يتعرض لأى جزاء من السلطة العامة وإنما يتعرض لمجرد الاستهجان والاستنكار من الناس ، فالفرد خشية النقد والرغبة فى المعاملة بالمثل هما اللذان يدفعانه إلى احترام المجاملات والعادات والتقاليد المعتمدة فى هـذا الصدد فى كل بيئة أو مجتمع •

ولهذا فإن قواعد المجاملات تقترب من مبـادىء الأخلاق بقـدر ما تبتعد عن القواعد القانونية •

على أن قواعد المجاملات قد تتحول إلى قواعد قانونية فى الوقت الذى يستشعر فيه المجتمع ضرورتها ولزومها ، فإذا تطلب الأمر ذلك أضفى المشرع الوضعى عليها الجزاء المـادى الذى تفتقر إليه عند مخالفتها •

---

(١) انظر محاضراتنا فى المدخل لدراسة القانون فقـرة ٢٠ ص ٢٥ . وبحثنا فى ضوابط القاعدة القانونية فقرة ١٦ ص ٨٢ منشور بمجلة الكلية السابق الاشارة إليها ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ص ١٣١ هامش ١ ، و د. احمد سلامة وحمدى عبد الرحمن فى الوجيز فى المدخـل لدراسة القانون ط ١٩٧٠ فقرة ١٩

فالقوانين المتعلقة بالسلك السياسى الأجنبى ، ما هى إلا مجرد مجاملات دولية فى الأصل ، ثم أصبحت عرفا دوليا ملزما بعد اعتراف القانون الدولى العام بها وتقنينها ووضع جزاء مادى على مخالفتها [1] .

فقواعد المجاملات قد تحتمها بعض المجتمعات ولكنها تبقى بعيـدة عن ضروريات التنظيم القانونى إلى أن يرى المجتمع ضرورتها فتقر ـ كما ذكرنا سلفا ـ وتتحول إلى قاعدة قانونية وإلا فهى من الكماليات التى لا يلزم الأفراد باتباعها ، ولا يواجهون بأى عقوبة على مخالفتها سـوى مجرد الاستنكار والاستهجان من الناس فحسب .

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى ص ٥٠ فى المرجع سابق الاشارة إليه ، و د. حسن كيرة فى المدخل إلى القانون ط ١٩٧٤ فقرة ١٢ ص ٢٨ و ٢٩ ، و د. عبد الناصر العطار فى المدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ص ١٠٤ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ص ١٣١ هامش ١

الفصل الثاني

مصادر القاعدة القانونية

٣٠ ـ تنوع مصادر القاعدة القانونية :

المصادر كلمة مفردها مصدر ومعناها فى اللغة الأصل أو المرجع أو أعلى مقدم كل شىء وأوله [(١)] . وتستعمل فى فقه القانون بمعان عدة تدور حول كلمة مصدر بمعنى المنبع الذى تخرج منه القاعدة القانونية ، فقد يقصد فى هذا المقام بالمصدر الأصل الذى يرجع إليه تاريخ قانون معين ، ويوصف هذا المصدر بأنه المصدر التاريخى (Source historique) فقواعد القانون المصرى الحالية تستمد بعض أصولها من أحكام الشريعة الاسلامية والبعض الآخر من القانون الفرنسى والأخير يستند تاريخيا فى نشأته إلى قواعد القانون الرومانى ، والمصدر التاريخى تظهر أهميته عند الرجوع إليها لتفهم مضمون ونطاق بعض القواعد القانونية مع الكشف عن ما قد يكتنف بعضها من غموض [(٢)] .

وقد يقصد بالمصدر الأصل الذى اشتق القانون منه موضوعه أى مجموعة الظروف والوقائع والعوامل الدينية والاقتصادية والسياسية

---

(١) مختار الصحاح ص ٣٥٨ مادة (ص د ر) طبعة ١٩٨١ بدار الفكر ببيروت ، وترتيب القاموس المحيط على طريقة المصباح المنير واساس البلاغة للأستاذ الطاهر احمد الزاوى الطبعة الثالثة جـ ٢ ص ٨٠٤ مادة (ص د ر) طبعة دار الفكر ببيروت .

(٢) انظر : د. احمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن فى الوجيز فى المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧٠ فقرة ٢٠ ص ٣٩ ، و د. عبد الناصر توفيق العطار فى مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ط ١٩٧٩ فقرة ٥٧ ص ١٢٩ ، و د. عبد الودود يحيى فى دروس فى مبادىء القانون ط ١٩٧٦ ص ٥٤

والاجتماعية التى أدت إلى وضع القانون والتى أخذ منها موضوع مادته ، وهـذا المصدر يوصف بأنه المصدر الموضوعى الحقيقى (Source réel ou materielle) للقاعدة القانونية لأنه يكشف عن أصل القانون من جانب موضوعه أو حقيقته [١] .

ويقصد كذلك بالمصدر الأصل المعتمد الذى عبَّر عن القاعدة القانونية أو الوسيلة الشكلية التى تخرج بها القاعدة القانونية لتفرض وجودها الملزم على أفراد المجتمع ومؤسساته ، فالقاعدة القانونية قد ترد فى تشريع أو عرف أو دين فيعتبر أحد هذه المصادر — أى التشريع أو العرف أو الدين — الأصل المعتمد الذى عبر عن هذه القاعدة . وهذا المصدر يوصف بأنه المصدر الرسمى أو الشكلى (Source formelle) للقاعدة القانونية لأنه يعبر عن أصل القانون من الناحية الرسمية أو الشكلية ، وتختلف المصادر الرسمية ودرجة أهميتها باختلاف مراحل التطور التى تمر بهـا المجتمعات البشرية ، وقد كان العرف ثم الدين من أقدم المصادر الرسمية للقاعدة القانونية غير أن تطور المجتمعات وازدياد تنظيمها سياسيا ، وما أدى إليه ذلك من رسوخ فكرة الدولة وازدهارها جعل من التشريع المصـدر الرسمى الأول من حيث الأهمية فى أغلب القوانين والنظم الحديثة [٢] .

وكذلك يقصد بالمصدر الأصل الذى يرجع إليه فى تفسير قانون معين إما من خلال تطبيقه أو البحث فيه ودراسته ، ويوصف هذا المصدر بأنه المصدر التفسيرى (Source intérpratatif) ، فالفقه والقضاء هما الأصل الذى يرجع إليه فى تفسير القانون فهما مصدران تفسيريان ،

---

(١) راجع : د. عبد الناصر العطار المرجع السابق ص ١٢ و ١٣٠ ، و د. أحمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن فى المرجع السابق ص ٤٩ و ٤٠ و د. توفيق حسن فرج فى المدخل للعلوم القانونية ط ١٩٧٦ ص ٩٦

(٢) د. عبد الناصر العطار المرجع السابق ص ١٢٩ و ١٣٠

وإطلاق كلمة المصدر فى هذا الصدد يعد من باب المبالغة لأن اجتهاد الفقه والقضاء لا يعدو أن يكون مجرد تفسير لنصوص القاعدة القانونية [١] .

مما سبق يظهر لنا أن مصادر القاعدة القانونية متعددة ومتنوعة فقد تكون مصادر مادية أو موضوعية ويدخل فيها المصادر التاريخية ، وقد تكون مصادر رسمية أو شكلية ، وقد تكون مصادر تفسيرية [٢] .

ويعنينا فى هذا الصدد أن نميز فى جلاء بين المصـــادر الموضوعية للقاعدة القانونية باعتبارها جوهر القانون ومادته الأولية التى يتكون منها وبين المصادر الرسمية أو الشكلية التى تتولى صياغة هذه المواد الأولية أو الجوهرية وتعطيها الشكل أو التعبير القانونى الذى يمكنها من التطبيق العملى فى ظل حماية السلطة المختصة .

٣١ — معيار التفرقة بين المصادر الرسمية والمصادر الموضوعية للقاعدة القانونية ومدى اهميتها :

إذا نظرنا بتعمق إلى القاعدة القانونية ومكوناتها سنجدها تشتمل على عنصرين : أحدهما شكلى والآخر موضوعى ، فالعنصر الشكلى هو الذى يضفى عليها قوة الإلزام وصلاحية التطبيق فى نطاق العمل ، والعنصر الموضوعى هو المكون فى الواقع لمـادة القاعدة القانونية وجوهرها .

ولذلك يستقر رأى أغلب الفقهاء على أن القاعدة القانونية لهـا مصدران مصدر رسمى أو شكلى (Source formelle) ومصدر موضوعى

---

(١) راجع : د. عبد الودود يحيى فى دروس فى مبادىء القانون ص ٥٥ ، و د. عبد الناصر العطار المرجع السابق ص ١٣٠

(٢) راجع : د. حسن كيرة فى المدخل إلى القانون ط ١٩٧٤ ص ٩٠ ، و د. عبد الناصر العطار فى المرجع السابق ص ١٣٠ ، و د. توفيق حسن فرج فى الأصول العامة للقانون ص ٩٧ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ ص ١٠٤ ، ومقاله نحو نظرة جديدة إلى مدخل الدراسة القانونية المقارنة بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية العدد الثانى السنة السابعة عشر عدد يوليو سنة ١٩٧٥ ، ص ٨٤٣ وما بعدها .

أو مادى (Source réelle ou materielle) — كما أسلفنا — وترمز المصادر الرسمية أو الشكلية لطرق التعبير عن القاعدة القانونية ، وترمز المصادر الموضوعية أو المادية لجوهر القاعدة القانونية وبنيتها . ذلك أن القاعدة القانونية توجد فى صورة مادة أولية نطالعها فى حياتنا وواقعنا قبل أن تمتد إليها يد المشرع الوضعى بالصياغة والتعبير الذى يضفى عليها قوة ملزمة فى نطاق العمل [١] .

ومن الجدير بالذكر أن هذه التفرقة من الأهمية بمكان كبير ، إذ ترتفع بالقاعدة القانونية عن كونها مجرد تحكم أو تسلط من السلطات التى تملك التعبير عنها ، لأن السلطة فى هذا الصدد تلتزم بما تقدمه إليها المصادر الموضوعية أو المادية من حقائق الحياة الاجتماعية ومثل العدل فيها . فإن جاء التعبير مجافيا لهذه الحقائق وتلك المثل ، خرجت القاعدة القانونية فى صورتها الوضعية ظالمة يكون مصيرها إن عاجلا أو آجلا الفناء ويجرفها إلى نهايتها تيار التطور أو تيار الثورة المضادة . وإن جاء التعبير عن هذه الحقائق والمثل على يد السلطة المختصة ناقصا ، لا ينبغى للقاضى أن يقف حياله مكتوف الذراعين فينكل عن الحكم وإلا عد مرتكبا لما يسمى بجريمة إنكار العدالة ، أو على الأصح جريمة « إنكار العدل » (Déni de justice) بل يلزمه أن يستنبط الحكم من المصادر المادية أو الموضوعية للقاعدة القانونية فى نطاق ما يسمى بمبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة [٢].

---

(١) راجع : د. محمود جمال الدين زكى فى دروس فى مقدمة الدراسات ط ١٩٦٤ ص ٦٦ ، و د. حسن كيرة فى المدخل إلى القانون ص ٩٥ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ ص ٤٤ ، و د. عبد الناصر العطار فى مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ط ١٩٧٩ ص ١٣١

(٢) د. حسن كيرة فى المدخل إلى القانون ط ١٩٧٤ فقرة ٨. ص ٩٤ وما بعدها . و د. عبد الودود يحيى فى دروس فى مبادىء القانون ط ١٩٧٨ ص ٥٥ وما بعدها .

يظهر لنا مما سلف أن المصادر المادية أو الموضوعية هى التى تقدم جوهر القاعدة القانونية ، والمصادر الرسمية أو الشكلية هى التى تضفى على هذا الجوهر صفة الشرعية أو الوضعية فى صورة أو فى شكل ملزم للناس .

وإذا كانت القاعدة القانونية تتكون – كما سبق البيان – من عناصر مادية تفصح عن جوهرها ، وعناصر رسمية تفصح عن شكلها ، فإنا نرى من الطبيعى أن نتناول هذا الفصل فى مبحثين :

المبحث الأول : فى المصادر الموضوعية للقاعدة القانونية [1] .

والمبحث الثانى : فى المصادر الرسمية للقاعدة القانونية .

وسيقتصر كلامنا فى المبحث الأول على المصادر المادية أو الموضوعية للقاعدة القانونية بصفة عامة وبإيجاز يتناسب مع ما توخيناه من هذه المحاضرات ، وفى المبحث الثانى يقتصر على المصادر الرسمية للقاعدة القانونية فى النظام المصرى فحسب .

المبحث الأول

المصادر الموضوعية لقاعدة القانونية

٣٢ – جوهر القاعدة القانونية وخطة تناولها :

إن المقصود من هذا المبحث هو بيان المادة الأولية التى تتكون منها بنية القاعدة القانونية ، أى التعرف على ما يسميه الفقهاء بالمصادر

---

(١) سنعرض للشريعة الإسلامية كمصدر موضوعى للتشريع فى مصر عند تناول مبادىء الشريعة الإسلامية بالتفصيل فى المطلب الثالث باعتبارها من المصادر الهامة للقاعدة القانونية فى النظام المصرى ، وقد صارت أخيرا المصدر الرئيسى للتشريع بمقتضى الدستور الصادر فى ١١ سبتمبر سنة ١٩٧١ . فقد نص على ذلك صراحة فى مادته الثانية بعد تعديله بقرار من مجلس الشعب فى جلسته المنعقدة فى ١٩٨٠/٤/٣٠

الموضوعية أو المادية للقاعدة القانونية ، فهى فى الواقع المصادر الحقيقية التى تستمد منها القاعدة القانونية مضمونها ومشروعيتها [١] .

وإذا كانت فلسفة القانون تبحث عن أساسه فإن الاختلاف فى هذا الصدد كبير بين الفلاسفة والفقهاء ، لأن البعض منهم يرى أن جوهر القاعدة القانونية مستمد من المثل الأعلى الذى يكشف عنه العقل ، وتسمى بالاتجاه المثالى ، والبعض الآخر يقرر أن هذا الجوهر لا يقوم إلا على الحقائق التى تزخر بها الحياة الاجتماعية وتسمى بالاتجاه الواقعى ، واتجاه أخير بحث فى الاتجاهين السابقين وأخذ منهما بقدر فسمى بالمذهب المختلط أو التعادلى [٢] .

ومرد ذلك كله إلى قصر النظر والاهتمام بناحية دون أخرى ، وأصل هذا الاختلاف يقوم على أساس الافتراق فى الطريقة والنهج ، فالاتجاه المثالى يقوم على أساس التسليم ببديهية أولية لا تقبل النقاش ولا يمكن التدليل عليها ببرهان مادى ويكاد ينحصر هذا الاتجاه فى مذهب القانون الطبيعى ، والاتجاه الواقعى يرفض كل بديهية لا يقوم عليها دليل علمى ، ويقنع بالمشاهدة والتجربة لكل واقع حسى ملموس ، فيلتزم بذلك منهاجا علميا تجريبيا بحتا .

أما الاتجاه المختلط أو التعادلى فهو الاتجاه الذى يجمع بين فقه المدرسة المثالية والمدرسة الواقعية على السواء لأنه ينظر إلى جوهر القاعدة

---

(١) راجع : د. حسن كيرة فى المدخل إلى القانون ط ١٩٧٤ ص ٩٧ ، و د. عبد الناصر توفيق العطار فى مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ط ١٩٧٩ ص ١٣١ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ ص ٤٤

(٢) راجع : د. محمود جمال الدين زكى فى دروس فى مقدمة الدراسات القانونية ط ١٩٦٤ ص ٦٥ ، و د. حسن كيرة فى المرجع السابق فقرة ٥٠ ، و د. عبد الناصر العطار فى المرجع السابق فقرة ٥٨

القانونية من جميع الزوايا ، وهذا الاتجاه الأخير هو ما انتهى إليه جمهور فقهاء القانون اليوم لأنه يتفق مع طبيعة القاعدة القانونية ووظيفتها [1] .

ولذلك نقسم هذا المبحث إلى مطالب ثلاثة :

المطلب الأول : فى مذهب أو مدرسة القانون الطبيعى (المدرسة المثالية) .

المطلب الثانى : فى المدرسة الواقعية .

المطلب الثالث : فى المذهب المختلط .

المطلب الأول

مذهب أو مدرسة القانون الطبيعى

La Doctirine ou l'école de droit naturel

إن الاتجاه المثالى أو ما يسمى بالمدرسة المثالية l'école idéaliste يكاد ينحصر فى مذهب أو مدرسة القانون الطبيعى ، تلك المدرسة التى تبلورت فيها المحاولات الفلسفية للإنسان منذ أقدم العصور لتحديد مضمون العدل المثالى الذى يسمو على القواعد القانونية الموضوعة بإرادة البشر [2] .

٣٣ — فكرة القانون الطبيعى ومدى تطورها :

إن الفلاسفة منذ عهد قديم تراودهم فكرة وجود قانون أعلى من القوانين الوضعية ، قانون له طابع ثابت أبدى صالح فى نظرهم لكل زمان

---

(١) انظر : د. حسن كيرة فى المدخل إلى القانون ط ١٩٧٤ ص ٩٧ و ٩٨ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ ص ٤٤

(٢) د. حسن كيرة فى المدخل إلى القانون ط ١٩٧٤ ص ٩٩

ومكان ، لأنه يصدر عن طبيعة الأشياء ويمثلها تمثيلا ظاهرا . تلك الفكرة التى نبتت فى رءوس الفلاسفة بالرغم من بساطتها فإنها تعبر فى جلاء عن نزعة الإنسان إلى الكمال والمثالية ، وهى بذاتها التى عبر عنهـا مذهب القانون الطبيعى [1] .

وقد احتفظ هذا المذهب بجوهر أفكاره التى تنزع نحو الكمال والمثالية على اختلاف العصور منذ القدم ، غير أن المضمون الذى تضمنته هذه الأفكار لم يثبت على حال واحدة ، فقد تناولته يد التعديل والتبديل دفعا لمـا تعرضت له هذه الأفكار من نقد وتجريح مرير ، ففكرة القانون الطبيعى أخذت تتقاذفها الغايات المختلفة ، فبدأت فكرة فلسفية تأملية ، ثم صارت فكرة دينية ، ثم تحولت إلى فكرة قانونية ، واتخذها بعد ذلك فلاسفة السياسة أداة ومعولا لزلزلة الأنظمة ، فمهدوا بها للثورة الفرنسية ، ولمـا أعلنته من مبادىء تتعلق بحقوق الإنسان الطبيعية فى الحرية والمساواة والعدالة الاجتماعية ، وقد دفع هذا الاتجاه بالفكرة إلى منزلق خطر إذ صبغها بصبغة الفردية الصارخة ، فمكن بذلك لخصومها منها ، فتوارت زمنا ثم عادت فى أواخر القرن المـاضى ومطلع هذا القرن تطل على الناس فى صورة جديدة جعلها قادرة على الثبات فى وجه النقـد وجديرة عند البعض بالقبول [2] .

---

(١) راجع : د. حسن كيرة المرجع السابق فقرة ٥١ ، و د. عبد الناصر العطار فى مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعـة الإسـلامية ط ١٩٧٩ فقرة ٦٠ ، و د. عبد الودود يحيى فى المدخل لدراسـة القـانون ط ١٩٧٦ ص ٢٢٧ ، و د. سمير عبد السيد تناغو فى النظرية العامة للقانون ط ١٩٧٤ فقرة ٥٢ ص ١٤٢ وما بعدها ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القـانون ط ١٩٧٩ فقرة ٢٢ ص ٤٥ وما بعدها .

(٢) انظر : د. حسن كيرة فى المرجع السابق فقرة ٥١ ، و د. شمس الدين الوكيل فى النظرية العامة للقانون ط ١٩٦٤ ص ١٣٤ ، و د. محمود جمال الدين زكى فى دروس فى مقدمة الدراسة القـانونية ط ١٩٦٤ ص ٤٨ وما بعدها ، و د. منصور مصطفى منصور فى دروس فى المدخل لدراسـة العلوم القانونية ط ١٩٧٢ ص ١٦٣ وما بعدها .

٣٤ — فكرة القانون الطبيعي عند اليونان :

إن هذه الفكرة عريقة فى القدم ، يردها الكثيرون إلى اليونان ، لكن ينبغى أن نحتاط فى قبول هذه الفكرة على إطلاقها لأن بعض فلاسفة اليونان القدامى ومنهم أفلاطون وأرسطو كانوا يحملون للدولة ولقوانينها الوضعية تقديسا كبيرا ويرون احترامها حتى ولو خالفت سنن الكون فى العلاقات الاجتماعية باعتبار أن الدولة تمثل سلطان الخير وأن طاعتها تعتبر عندهم أول واجبات المواطن [١] .

وقد ظهر فى اليونان قديما ما يعرف بمذهب « الرواقية » الذى كان يرى المثل الأعلى للشخص الحكيم فى التحرر من كل المؤثرات الخارجية بما فيها إجبار الدولة ، والخضوع للقانون الطبيعي فحسب لأنه يعلو بسلطانه على سلطان الدولة باعتباره قائما على وحدة الطبيعة الانسانية . وهكذا نرى مظاهر النزعة الفردية تطل برأسها من ثنايا هذا المذهب [٢] .

٣٥ — فكرة القانون الطبيعي عند الرومان :

وقد انتقلت فكرة القانون الطبيعي إلى الرومان تحت تأثير الفلسفة الإغريقية فى العصر الجمهورى ومعها المذهب الرواقى الذى تأثروا بأفكاره كثيرا التى تنزع إلى الفردية ، وإن كانت هذه الأفكار قد صبغت فى روما بصبغة قانونية بجانب مضمونها الفلسفى وذلك بسبب اهتمام الفقهاء الرومان بخلق بناء قانونى متكامل من الناحية الفنية ، ولذا يعرف شيشرون

---

(١) راجع : د. حسن كيرة فى المرجع السابق فقرة ٥٢ ص ١٠٠ وما بعدها ، و د. توفيق حسن فرج فى المدخل للعلوم القانونية ط ١٩٧٦ ص ٩٤ وما بعدها ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ص ٤٥ ، و د. عبد الناصر العطار فى المرجع السابق ص ١٣٤

(٢) د. حسن كيرة فى المرجع السابق ص ١٠٠ و ١٠١

Ciceron القانون الطبيعى [1] بأنه قانون يتطابق مع الفعل السليم ويتفق مع الطبيعة ، معلوم للجميع ، ثابت على وجــه الدوام ، ويعتبر القانون الحقيقى الذى لا تتغير قواعده العامة من روما إلى أثينا ولا من اليوم إلى الغــد [2] .

وقد ميز الروم بين القانون الطبيعى [3] والقــانون المدنى وقانون الشعوب ، فالأول يشتمل على قواعد قانونية عامة يتعين أن تسير عليها الجماعة حيث تنبثق من هذه القواعد الشمولية المبادىء العامة والأساسية ، مثل مبدأ الحرية والمساواة بين البشر ، وتحريم الرق والقانون المدنى [4]

---

(١) ويعرفه فقهاء العصر العلمى بأنه قانون مشترك بين كافة الشعوب مطابق للطبيعة ، خالد أبدى لا يتغير من مكان إلى آخر ولا من زمان إلى آخر . وأن أحكام هذا القانون مستمدة من الطبيعة ذاتها ، واحترامه لا يرجع إلى وجود جزاء مادى يوقع على من يخالفه ، بل يكفل له هذا الاحترام سمو مبادئه ومطابقتها للعدل ، وهو قانون مشترك بين كافة الشعوب ، وتطبيقه مقصور على بنى الإنسان ، فلا تعتبر الغرائز المشتركة بين الإنسان والحيوان من بين قواعده . انظر فى ذلك بتوسع د. صوفى حسن أبو طالب فى الوجيز فى القانون الرومانى ط ١٩٦٥ ص ١٣ ؛ وانظر له ايضا فى تطور فكرة القانون الطبيعى كتابه مبادىء تاريخ القانون ط ١٩٦١ ص ٣٣٢ وما بعدها والمراجع المذكورة فيــه .

(٢) راجع : د. محمود جمال الدين زكى فى دروس فى مقدمة الدراسة القانونية ط ١٩٦٤ فقرة ٢١ ص ٤٩ و ٥٠ ، و د. سليمان مرقس فى محاضرات (على الآلة الضاربة سنة ١٩٧١) فى فلسفة القانون ص ٦٩ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ فقرة ٢٣ ص ٤٧ وما بعدها .

(٣) راجع : د. حسن كيرة فى المدخل إلى القانون ط ١٩٧٤ فقرة ٥٣ ص ١٠١ ، و د. عبد الناصر العطار فى مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ط ١٩٧٩ ص ١٣٤ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى المرجع السابق ص ٤٧ وما بعدها .

(٤) يجب أن نلاحظ أن مدلول القانون المدنى Jus civile عند الرومان يختلف عنه فى العصر الحديث فهو — عندهم — يشمل قواعد القانون المدنى بالمعنى الحديث ، بالاضافة إلى القواعد التى تحكم العلاقات بين التجــار والتى =

يتمثل عندهم فى مجموعة القواعد الوضعية التى تنظم علاقة المواطنين الرومان فيما بينهم . وهذه القواعد تتميز بالشكلية المعقدة والمتطرفة ، وقد خفف القضاة الرومان من حدة هذه القواعد استنادا إلى مبادىء القانون الطبيعى التى أدت إلى تطويعها أو تعديلها لتتفق مع تلك المبادىء ، لأن القضاة كانوا يتمتعون فى هذا الصدد بمرونة كافية مكنتهم من تحقيق الحل الخير والعادل فى نطاق مبادىء القانون الطبيعى [١] . ويطبق القانون المدنى على الروم فقط [٢] ، أما قانون الشعوب فهو القانون الذى يطبق

=

يطلق عليها فى العصر الحديث اصطلاح القانون التجارى ، ويشمل مدلول القانون المدنى فى نظرهم أيضا القواعد التى نطلق عليها الآن اسم قانون المرافعات والتنفيذ ، لأن الرومان لم يفرقوا بين الحق والدعوى التى تحميه — كما نفعل الآن — ففى كثير من الحالات لا ينشأ الحق إلا من خلال اجراءات التقاضى ، وفى حالات اخرى لا ينشأ إلا نتيجة التلفظ بالفاظ معينة أمام القضاء ، او القيام باجراءات وطقوس خاصة امامه . ولكن مدلول القانون المدنى لا يشمل — عندهم — قواعد القانون العام ، ولا يشمل قواعد القانون الجنائى، واستبعاد قواعد القانون الجنائى من نطاق القانون المدنى يرجع إلى عدم اهتمام الرومان بقواعد القانون الجنائى انظر د. صوفى أبو طالب فى الوجيز فى القانون الرومانى ط ١٩٧٥ ص ١٥ هامش رقم ١

(١) د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ ص ٤٨

(٢) ليس معنى ذلك أن القانون المدنى المطبق على جميع المدن الرومانية موحدا وانما هو عبارة عن مجموعة القواعد القانونية الخاصة بكل مدينة على حدة ، من ثم يقتصر تطبيقها على مواطنى تلك المدينة وحدهم ، فلا يجوز للأجانب الاستفادة منها (نظم جستنيان : ١ ، ٢ ، ٣) .

وعلى ذلك يوجد قانون مدنى رومانى يقتصر تطبيقه على مواطنى روما ، وقانون مدنى اتينى يقتصر تطبيقه على مواطنى مدينة اثينا ، وقانون مدنى اسبرطى ، وهكذا . انظر فى هذا المعنى د. صوفى أبو طالب فى الوجيز فى القانون الرومانى ط ١٩٦٥ ص ١٤

ومن الجدير بالذكر أن القانون المدنى الرومانى يستمد أحكامه من بعض مبادىء القانون الطبيعى ، ومن بعض قواعد قانون الشعوب ، ومن القواعد الرومانية الخالصة التى اسهمت المصادر الرومانية المختلفة فى تكوينها ، مثل

=

على الأجانب ، لأنه يتضمن مجموعة القواعد التى نشأت لتحكم العلاقات فيما بين الأجانب أو فيما بين الأجانب والمواطنين الروم • فقد أنشئت فى روما وظيفة بريتور الأجانب سنة ٢٤٢ قبل الميلاد للبت فى المنازعات التى تقوم بين الأجانب ، أو التى تقوم بين أجنبى وأحـد المواطنين ؛ ويستمد قانون الشعوب الجانب الأكبر من مبادئه من قواعد القـانون الطبيعى ، ويستمد البعض الآخر من القواعد المشتركة بين كافة الشعوب التى أملتها ضرورات الحياة رغم مخالفتها لمبادىء القانون الطبيعى ، مثل نظامى الرق والحرب • وهو قانون يطبق على كل الناس بغض النظر عن اختلاف جنسياتهم ، أى على المواطنين والأجانب ، ويلتزمون باحترام قواعده خشية الجزاء الذى يوقع على من يخالف أحكامه ، ومع وجود قانون الشعوب ظهر الازدواج فى النظام الرومانى ، وظهرت المقابلة بين القانون المدنى الرومانى وقانون الشعوب[١] •

وقد زالت مشاكل الازدواج بين القانون الرومانى وقانون الشعوب منذ صدور دستور كراكلا عام ٢١٢ م الذى منح الجنسية الرومانية لكل سكان الامبراطورية الرومانية من الأحرار ، وبالتالى انتهت التفرقة بين الوطنى والأجنبى ولم تعد هناك أى أهمية للتفرقة بين القانونين بنـاء على ذلك[٢] •

=
التشريعات الصادرة من الهيئات المختصة بالتشريع فى روما ، او ما جرى عليه العرف بين المواطنين او نتيجة لجهود الفقهاء والبريتور ... الخ (موسوعة ١ ، ١ ، ٧ فاتحة شيشيرون : (To piques, 5, 28) اشار لذلك د. صوفى ابو طالب فى المرجع السابق ص ١٤ و ١٥

(١) راجع : د. صوفى ابو طالب فى المرجع السابق ص ١٣ وما بعدها ، وفى مبادىء تاريخ القانون جـ ٢ ط ١٩٧١ ص ٢٣٧ وما بعدها ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ ص ٤٩

(٢) انظر : د. صوفى ابو طالب فى الوجيز فى القانون الرومانى ط ١٩٦٥ ص ١٥ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى المرجع السابق ص ٤٩

٣٦ — فكرة القانون الطبيعى عند الكنسيين فى القرون الوسطى :

لقد اصطبغت فكرة القانون الطبيعى بصفة دينية فى العصور الوسطى نظرا لاهتمام الكنيسة المسيحية بهذا القانون وذلك من خلال اهتمامهم بمشاكل العلاقة بين الكنيسة والدولة ، وقد طورت الكنيسة القانون الطبيعى حتى صار بمثابة قانون إلهى يسمو على القانون الوضعى ، وإن كان اليونان والرومان قد عرفوه بأنه القانون الخالد الثابت الذى لا يتبدل ولا يتغير ، فإن الله الخالق للطبيعة هو الذى يلهمه للبشر . وبهذا أرادت الكنيسة تحويل فكرة القانون الطبيعى إلى فكرة دينية لكى تمكن وتعلى سلطان « البابا » على سلطان الملوك ، أى تمكن السلطة الدينية من السلطة الزمنية فتخضع بهذا المفهوم سلطان الدولة لسلطان الكنيسة [١] .

غير أن فكرة القانون الطبيعى لم تبلغ قمة تطورها فى القرون الوسطى إلا فى منتصف القرن الثالث عشر ، على يد القديس « توما الأكوينى [٢] «Saint Thomas d'Aquin» » الذى قسم القانون إلى درجات ثلاث يعلو بعضها فوق بعض : فأعلاها هو « القانون الإلهى » أو القانون الأزلى الذى يعبر عن إرادة الخالق ، ويحمل مشيئته إلى المخلوقين ، ويتم إدراكه عن طريق الوحى والشعور ، وهذه مسألة إيمان واعتقاد لا مسألة عقل واستدلال ، فلا يدركه إلا الراسخون فى الإيمان

---

(١) راجع : د. حسن كيرة فى المدخل إلى دراسة القانون ط ١٩٧٤ فقرة ٥٤ ص ١٠٢ ، و د. سليمان مرقس فى محاضراته فى فلسفة القانون (على الآلة الضاربة سنة ١٩٧١) ص ٧٧ ، و د. عبد الناصر توفيق العطار فى مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ط ١٩٧٩ ص ١٣٤ ؛ و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ فقرة ٢٥ ص ٥٠ .

(٢) عاش القديس توما الاكوينى بين سنتى ١٢٢٥ م — ١٢٧٤ م ويعد من الفلاسفة المبرزين فى الفلسفة المدرسية Scolaestique والتى نادى انصارها بالأخذ بفلسفة ارسطو مع تطويرها بما يتفق مع مبادىء المسيحية . انظر د. حمدى عبد الرحمن فى المرجع السابق ص ٥١ هامش رقم ١

الذين أضاء الله بصيرتهم بنوره لأن العقل معقول أمام هذا الأمر فلا مجال فيه إلا لنور الإيمان ، وحلاوة اليقين وشفافية النفس ، وصفاء القلب .. ويأتي من تحت القانون الإلهى بعد ذلك القانون الطبيعى الذى هو منتهى ما يدركه العقل من أصول القانون الإلهى ، ويدفع العقل الإنسانى إلى إدراك ذلك بحثه المستميت عن كل ما يحقق كمال الانسان باعتباره غاية مثالية للفرد ، ولا يمكن تحقيق هذه الغاية على المستوى الفردى إلا إذا تحققت على المستوى الجماعى ، ومن هنا تتكاتف جهود الأفراد لتحقيق الخير العام الذى يحقق النفع للإنسانية جمعاء . ويأتى بعد ذلك فى الدرجة السفلى القانون الوضعي الذى يتضمن بدوره القواعد التى يضعها الإنسان فى إطار ما يستخرجه من قواعد القانون الطبيعى [1] .

ويرى توما فى مخالفة القانون الوضعى للقانون الطبيعى خروجا على مقتضى العدل ، وكل قانون يأتى على هذا المنوال يعد — فى نظره — قانونا غير عادل ، ومع ذلك فإن على الأفراد واجب احترام القانون غير العادل ، نظرا لصدوره عن السلطة التشريعية المختصة ، ونزولا على مقتضى النفع العائد من هذه الطاعة والمتمثل فى تحقيق الاستقرار والأمن فى المجتمع ، وذلك النفع أكبر بكثير من الضرر الناتج عن الرفض والتمرد وفى الطاعة لمثل هذا القانون غير العادل تغليب للصالح العام على الصالح الخاص ، وهو ما يتفق مع أصول القانون الطبيعى [2] .

ويبدو مع ذلك من كتابات توما الأكوينى ، أن القانون الصادر عن السلطة الشرعية فى الدولة ، يفقد قوته الملزمة إذا خالف العقل بصورة

---

(١) راجع : د. حسن كيرة فى المدخل إلى القانون ط ١٩٧٤ فقرة ٥٤ ص ١٠٢ وما بعدها ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ ص ٥١ ، و د. عبد الناصر العطار فى مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ط ١٩٧٩ ص ١٣٤ وما بعدها .

(٢) د. حسن كيرة المرجع السابق ص ١٠٣

صارخة وغير مشكوك فيها [١] مثل القوانين التعسفية التى تضعها بعض الحكومات الدكتاتورية لتحمى مصالحها الخاصة أو الشخصية على حساب مجموع الشعب والتى تتنافى مع أبسط قواعد العدالة بصورة قاطعة .

وإذا خالف القانون الوضعى القانون الإلهى تصبح طاعته غير واجبة عند توما ، كما لو حمل القانون الوضعى الناس على اعتناق دين غير صحيح فإنه فى مثل هذه الحالة لا تجب طاعته لأنه خالف القانون الأعلى [٢] .

هذا هو موقف الكنيسة من الدولة ومن القانون ، بعد أن كانت الكنيسة فى عهد المسيحية الأول تفصل فصلا تاما بين السلطة الدينية والسلطة الزمنية أو بين الدين والدنيا ، وتعبر عن ذلك ونطاقه فى قولتها المشهورة « اعط ما لقيصر لقيصر وما لله لله » أضحت فى العصور الوسطى تخضع السلطة المدنية للسلطان الدينى ، فلا طاعة للقانون الوضعى فى معصية القانون الإلهى [٣] .

الملاحظ مما سبق عرضه أن النظريات الفلسفية الرئيسية قد غالت فى القرون الوسطى فى إخضاع سلطان الدولة لسلطان الكنيسة ، وقد

---

(١) يلاحظ فى هذا الصدد أن توما الأكوينى قد احتفظ فى فلسفته بالطابع الدينى للدولة ، فجعل الدولة تخضع للكنيسة وتستمد منها سلطانها ، وقد ترتب على منطقه هذا اختصاص « البابا » بتولية الملوك والأمراء وعزلهم ، ومعيار التولية والعزل هو مدى الالتزام بتعاليم الكنيسة من عدمه . انظر فى هذا المعنى د. سليمان مرقس فى محاضراته فى فلسفة القانون (على الآلة الضاربة سنة ١٩٧١) ص ٨٣ و ٨٤ ؛ و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ص ٥٢ هامش رقم ٤

(٢) انظر د. حسن كيرة فى المرجع السابق ص ١٠٣ ، و د. عبد الناصر العطار فى المرجع السابق ص ١٣٤

(٣) انظر : د. حسن كيرة فى المرجع السابق ص ١٠٣ والمصادر التى اشار إليها فى هامش رقم ٣

أدى ذلك إلى فعل عكسى يدعو إلى وجوب تمتع الدولة باستقلالها الكامل فى مواجهة الكنيسة • ومن أشهر فلاسفة هذا الاتجاه « مارسيل دى بادو Marsile de padoue » ، الذى ركز فى مؤلفـاته على أهميـة استقلال السلطان (الأمير) وعلى حقه فى ممارسة اختصاصاته الكاملة على إقليم إمارته دون وصاية من سلطان دينى أو زمنى للكنيسة • غير أن «مارسيل» نادى أيضا فى كتاباته باعتبار الشعب مصدرا لكل السلطات ، لأن الحكومة مفوضة من قبل الشعب ، وهى لا توجد أصلا إلا بموافقته ، وبالتالى يلتزم الأمير فى مواجهة شعبه باحترام القانون ويعرض نفسه للمساءلة إذا ما خالف مقتضاه[١]• وبذلك المفهوم وضع « مارسيل » البذور الأولى لنظرية ما يسمى بالعقد الاجتماعى التى تم تطويرها فيما بعد على يـد فلاسفة العصر الحديث وذلك فى مواجهة طغيان الدولة بسلطانها على المحكومين عندما استقلت عن الكنيسة وازداد نفوذ الحكام فيها بفضل ظهور مبدأ سيادة الدولة الذى كان بمثابة المعول الذى هدم سـلطان الكنيسة وأطاح به فى عنف [٢] •

وقد غالى بعض الكتاب فى الدعوة إلى مبدأ سيادة الدولة لكى يمكن لفكرة الوطنية والاستقلال • وهذه المغالاة بدت واضحة إبان القرن السادس عشر وأدت إلى جنوح مبدأ سيادة الدولة نحو مفهوم استبدادى ، وأشهر من ساندوا هذا الاتجاه « مكيافيل وبودان » [٣] •

---

(١) Friedmann فى النظرية العامة للقانون ط ١٩٦٥ ص ٧٠ وراجع أيضا د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ ص ٥٢ و ٥٣

(٢) G. Del. Vecchio فى دروس فى فلسفة القانون ط باريس ١٩٣٦ ص ٥٢ وراجع أيضا د. حسن كيرة فى المدخل إلى القانون ط ١٩٧٤ فقرة ٥٥ ص ١٠٣ وما بعدها ، و د. عبد الناصر العطار فى مدخل لدراسة القـانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ط ٧٩ ص ١٣٥ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ ص ٥٣

(٣) Machiavel عاش فى الفترة من ١٤٦٩ إلى ١٥٢٧ م . وعاش Bodin فى الفترة من ١٥٣٠ إلى ١٥٩٦ م .

فقد نادى « ميكيافيل » فى كتابه « الأمير » بخضوع الشعب لإرادة الأمير ، ولا يخضع هذا الأمير لأية مبادىء دينية أو أخلاقية ، فهو فوق كل مثل أعلى ، فيجوز له أن يدعم سلطانه بأية وسيلة سواء عن طريق القوة أو الحيلة أو الخداع ، إذ الغاية عنده تبرر الوسيلة ، والقوة فى نظره تكون عادلة ما دامت ضرورية [١] .

أما بودان فإنه يدعو إلى سيادة الدولة سيادة مطلقة ، وليس على الحاكم أو السلطان جناح أو تثريب إذا ما خالف القوانين التى يلزم بها رعاياه لأنه مصدرها وهو لا يلتزم حيال رعيته سوى بالتزامات أخلاقية ، فليس من حقهم مطالبته باحترام هذه الالتزامات لأنه فوق سلطان القانون [٢] .

وكان من أثر هذه المغالاة فى تصور فكرة السيادة أن توارت فكرة القانون الطبيعى وتحكمت القوة ـ كما أسلفنا ـ وازداد طغيان الدولة ، ومن هنا بدت الحاجة ماسة إلى عودة فكرة القانون الطبيعى مرة أخرى لتكون وسيلة فى يد الأفراد تذود بها عن حقوقها وحرياتها فى مواجهة

---

(١) يقول مكيافيل : « إن الأمير يجب أن يكون ثعلبا وأسدا فى نفس الوقت ، لأنه إن لم يكن أسدا ، فلن يبصر الشراك . وإن لم يكن ثعلبا فلن يحمى نفسه من الذئاب ، فهو بحاجة إلى أن يكون ثعلبا لتعرف الشراك ، وأسدا لاخافة الذئاب » . راجع فى أقوال مكيافيل :

Chevallier, (Jane - Jacques) les grandes œuvres politiques de Machiavel à nos jours, 1949, pp. 27-29

مشار إلى ذلك فى المدخل إلى القانون ط ١٩٧٤ للدكتور حسن كيرة ص ١٠٤ هامش رقم ١ ، ود. حمدى عبد الرحمن فى المرجع السابق ص ٥٣ هامش رقم ٢

(٢) راجع فى أقوال بودان د. حسن كيرة فى المرجع السابق ص ١٠٤ والمصادر الأجنبية المشار إليها فى هامش ٢ من نفس الصفحة ، و د. حمدى عبد الرحمن فى المرجع السابق ص ٥٣ هامش ٢

طغيان الدولة ، ولتخضع أيضا علاقات الدول فيما بينها لسلطان العــدل لا لجبروت القوة [1] .

٣٧ — فكرة القانون الطبيعى خلال القرنين السابع عشر والثامن عشر :

لقد تبلورت فكرة القانون الطبيعى وظهرت على شكل مذهب واضح المعــالم والحدود فى النصف الأول من القرن الســابع عشر على يد جروسيوس [2] الذى نادى فى كتابه قانون الحرب والسلام بتحرير القانون الطبيعى مما أسبغته عليه الكنيسة فى القرون الوسطى من صبغة دينيــة فتحررت بذلك القوانين الوضعية من سيطرة رجال الدين المسيحى ، ثم اتخذ من القانون الطبيعى وسيلة لتوجيه القوانين الوضعية وجهة العدل ، فحررها أيضا من تحكم الدول وأصحاب السلطان فيها ، ووضع فكرة القانون الدولى العام بمعناه الحديث وذلك من خلال إقراره لإقامة العلاقات بين الدول على أساس القانون الطبيعى فى السلم والحرب ، وهذا يضع أساسا متينا للعلاقات الدولية منها وجوب احترام الاتفاقيات والمعاهدات التى توقع بين الدول وتنظيم هــذه العلاقات فى حالة الحرب تنظيمــا قانونيا [3] .

وقد عرف جروسيوس القــانون الطبيعى بأنه مجمــوعة قواعد

---

(١) راجع : د. حسن كيرة فى المرجع السابق ص ١٠٤ ، و د. حمــدى عبد الرحمن فى المصدر السابق ص ٥٤ ، و د. توفيق حسن فرج فى المدخل للعلوم القانونية ط ١٩٧٦ فقرة ٥٧ ص ٩٩ وما بعدها ، و د. عبد الودود يحيى فى دروس فى مبادىء القانون ط ١٩٧٨ ص ٢٣ وما بعدها .

(٢) Gratius فقيه هولندى عاش فى الفترة من ١٥٨٣ إلى ١٦٤٥م ويعتبر فى نظر فقهاء القانون المؤسس للقانون الدولى . راجع فى ذلك د. حسن كيرة فى المدخل إلى القانون ط ١٩٧٤ ص ١٠٥ ، و د. عبد الناصر العطار فى مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ص ١٣٥ فى هامش ١ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ ص ٥٥ فى هامش ١

(٣) د. حسن كيرة فى المرجع السابق فقرة ٥٦ ص ١٠٥

يستخلصها العقل القويم والفكر المستقيم من طبيعة الأشياء ، ويستطيع بها أن يحكم على العمل فيتسمه بالظلم أو بالعدل ، وتتميز هذه القواعد بأنها عامة وثابتة وخالدة ، فلا تتغير بتغير المكان أو الزمان [1] . لذلك يجب أن يستند إليها القانون الوضعى باعتبارها من مسلمات العقل التى توافق طبيعة الأشياء .

وإذا كان هناك قانون مستخلص من الطبيعة ومن العقل يسبق القوانين الوضعية ويعلو عليها كما يقرر جروسيوس فلا مناص من التسليم بأن العقل يفرض وجود حقوق لصيقة بالإنسان تولد معه ـ مثل الحرية ـ لأن طبيعته تحتمها ليتمكن من القيام بما يشاء من أنشطة مشروعة ، تلك هى ما يسمى بالحقوق الطبيعية أو الحقوق الذاتية أى الفردية أو حقوق الإنسان . فهذه الحقوق مبدأ أساسى من مبادىء القانون الطبيعى لا تستطيع القوانين الوضعية أن تتجاهله ، بل إن مهمة هذه القوانين أن تؤمن للناس التمتع بهذه الحقوق مع كفالتها لكل فرد منهم . وتلك النزعة الفردية للقانون تحصر دوره وتجعله قاصرا على حماية ما تدعيه هذه النظرية له من حقوق طبيعية ثابتة منذ الأزل بمقتضى طبيعته التى فطر عليها [2] .

وبالرغم من ذلك فإن جروسيوس لم يستطع أن يتحرر من تأثير عصره ، فأقر ما كان قائما حينذاك من نظام الرق وحق الفتح ، بل وسعى إلى تبرير ذلك بقوله : « إن الحرية وإن تكن فى طليعة الحقوق الطبيعية

---

(١) راجع : د. عبد الناصر العطار فى مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ط ١٩٧١ ص ١٣٥ ، و د. حسن كيرة فى المرجع السابق ص ١٠٥

(٢) انظر : د. حسن كيرة فى المصدر السابق ص ١٠٦ ، و د. عبد الناصر العطار فى المرجع السابق ص ١٣٥ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ ص ٥٤

للإنسان ، إلا أنه يمكن النزول عنها بمقتضى عقــد ، كما يمكن فقدها بالانهزام أو الأسر فى الحرب »[1] ــ أى الاسترقاق ــ وذلك بلا ريب تبرير لا يقوم على ساق ، فهو كلام واه يناقض المبدأ الذى وضعه عندما قرر وجود قانون مستمد من الطبيعة البشرية يسمو ويعلو على القانون الوضعى .

ومهما يكن من أمر ، فإن فكرة القانون الطبيعى قد راجت وذاع صيتها فى القرنين السابع عشر والثامن عشر ، وتحررت من مؤثرات عصرها فلم يعد أنصارها يبررون بعض الأنظمة الظالمة فى القوانين الوضعية كحق الفتح ونظام الرق ــ كما فعل جروسيوس ــ بل اطرد منطقهم بضرورة إلغاء مثل هذه النظم لمخالفتها للقانون الطبيعى . وبذلك أصبح القانون الطبيعى عند كثير من الكتاب فى القرنين السابع عشر والثامن عشر قانونا أو تشريعا نموذجيا أو مثاليا كاملا يحوى القواعد النموذجية لكل الأوضاع أو الأنظمة المختلفة . وعلى ذلك فإن دور المشرع الوضعى يقتصر على تحويل هذه القواعد النموذجية إلى قواعد وضعية[2] .

وقد عاصرت فكرة القانون الطبيعى وزاحمتها طوال القرنين السابع عشر والثامن عشر فكرة العقد الاجتماعى Le contrat social . وهذه الفكرة تتضمن القول بوجود اتفاق تواضع عليه الناس لجعل السلطة

---

(١) راجع : د. حسن كيرة فى المصدر السابق والمراجع التى اشار إليها ص ١٠٦ فى هامش ١ و ٢

(٢) انظر : د. حسن كيرة فى المرجع السابق ــ فقــرة ٥٧ ص ١٠٦ وما بعدها ، و د. حمدى عبد الرحمن فى المصدر السابق فقرة ٢٩ ص ٥٤ وما بعدها ، و د. عبــد الناصر العطــار فى المرجع الســابق ص ١٣٥ ، و د. سليمان مرقس فى محاضراته فى فلسفة القانون (على الآلة الضاربة سنة ١٩٧١) ص ١٠٢

مركزة فى يد شخص معين أو هيئة معينة تملك الأمر والنهى دون معقب عليها لتخرج الناس من عهد الفطرة والتفتت إلى عهد المجتمع المنظم [١] ٠

وقد اختلف الكتاب اختلافا كبيرا فى تحديد مضمون هذا العقد وتصور أطرافه مما ترتب عليه اختلافهم فى تحديد مدى سيادة صاحب السلطان فى المجتمع أو تنظيم علاقة الحاكم بالمحكومين ٠

فالكاتب الإنجليزى هوبز [٢] يرى أن سيادة الحاكم أو صاحب السلطان مطلقة لا تحدها حدود ولا تخضع لأى قيود ، لأن الأفراد نزلوا بمقتضى العقد الاجتماعى عن كل ما كان لهم من حريات وحقوق فى عهد الفطرة وسلموها للسلطان لينظم علاقاتهم الاجتماعية ٠ وهذا النزول من الأفراد للحاكم لا يتصور — عند هوبز — إلا كاملا وغير مشروط ، وإلا أمكن للفوضى الفطرية أن تعود من جديد ، وهو كذلك نزول لا رجعة فيه ، فلا يستطيع الناس أن يستردوه من السلطان بعد أن أعطوه له ، فهو لم يكن طرفا فى العقد حتى يلتزم بشىء فى مواجهتهم ، فهو وحده الذى يملك الحرية الفطرية فيفعل ما يشاء والناس لا تملك حياله أى شىء [٣] ٠

لا شك أن هذا الاتجاه يؤدى إلى الاستبداد المطلق ، إذ لا يضع فى مواجهة القوانين الوضعية التى يسنها الحاكم ويطبقها على الناس أى حاجز أو قيد من المثل العليا التى تحول دون اندفاع هذه القوانين فى التحكم

---

(١) د. حسن كيرة فى المرجع السابق فقرة ٥٨ ص ١٠٨ ، د. حمدى عبد الرحمن فى المرجع السابق ص ٥٥

(٢) Hobbes فيلسوف إنجليزى عاش فى الفترة من ١٥٨٨ إلى ١٦٧٩ م ٠

(٣) راجع : د. حسن كيرة فى المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧٤ فقرة ٥٨ ص ١٠٩ ، و د. عبد الناصر العطار فى مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ط ١٩٧٩ ص ١٣٥ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ ص ٥٥ وما بعدها ٠

والظلم ، فهذه الفكرة تنكر القانون الطبيعى وتجعل معيار العدل والظلم بيد الحاكم ، وبذلك تظل الكلمة العليا فى المجتمع للقوة فى عهد التجمع المنظم ، كما كانت كذلك فى عهد الفطرة [1] .

ويرى لوك [2] أن عهد الفطرة الأولى عهد يحكمه العقل لا الأهواء ولا الأنانية كما يقول « هوبز » ، ولذلك فإن الأفراد عندما أبرموا العقد الاجتماعى بينهم وبين السلطان تنازلوا فيه عن بعض حرياتهم بالقدر الذى يكفل الصالح العام فحسب ، أما البعض الآخر فيبقى ليتمتعوا به ، وليكون قيدا على حرية السلطان . فالسلطان باعتباره طرفا فى العقد المبرم بينه وبين الشعب يلتزم بتسخير سلطته فى تحيقق الصالح العام واحترام الحقوق الطبيعية للأفراد . وإخلاله بهذا الالتزام يحل للأفراد فسخ العقد والثورة عليه [3] .

وينادى الكاتب الفرنسى « روسو » [4] بفكرة العقد الاجتماعى على أساس أنه أداة لإنكار حق الملوك فى السيادة المطلقة ، ووسيلة لحصر هذه السيادة فى جموع الشعب .

فالعقد الاجتماعى عنده عقد أبرم بين أفراد الشعب أنفسهم على أن يتنازل كل منهم عن حريته الطبيعية للشعب ليستعيض عنها حرية مدنية لا تتعارض مع حريات الآخرين . وعلى ذلك فإن السلطة للشعب . وقد

---

(١) د. حسن كيرة فى المرجع السابق ص ١٠٩

(٢) Locke فيلسوف إنجليزى عاش فى الفترة من ١٦٣٢ إلى ١٧٠٤ م .

(٣) راجع فى هذا المعنى : د. حسن كيرة فى المرجع السابق ص ١٠٩ وما بعدها ، و د. عبد الناصر العطار فى المرجع السابق ص ١٣٥ وما بعدها ، و د. حمدى عبد الرحمن فى المرجع السابق ص ٥٦

(٤) Rousseau (جان جاك روسو) فيلسوف فرنسى عاش فى الفترة من ١٧١٢ إلى ١٧٧٨ م .

أقام الشعب السلطان نائبا عنه فى مباشرة هذه السلطة بالتفويض ليحافظ على الحريات المدنية لأفراد الشعب فإذا أخل السلطان بهذا التفويض كان للشعب أن يعزله [١] .

فالقوانين التى يصدرها السلطان تستمد شرعيتها وقوتها الملزمة من كونها ليست إلا تعبيرا عن إرادة المجموع (الإرادة العامة) وهذه الإرادة العامة عند « روسو » إرادة معصومة ومطلقة لأنها إرادة المجموع ، ولا يتصور أن يبتغى مصلحة مخالفة لمصالح أفراده ، كما لا يتصور أن يضر الجسم بأحد أعضائه [٢] .

إن نظرة « روسو » هذه نظرة مادية فى تصور القانون إذ العدل عنده عدل أغلبية أو ما يريده المجموع أى الأكثرية ، إلا أنه يجعل هذا المجموع هو وحده الحكم المتصرف فى تحديد الحقوق الطبيعية التى يحتفظ بها الأفراد ، وله أن يقيد منها ما يشاء كما يشاء ، وهو بهذا المنطق يستبدل ديكتاتورية بأخرى أو استبداد بآخر أى ينتهى بحل هذا الاستبداد للشعب أو لأكثرية الشعب ، فكأنه ما حارب الاستبداد فى ذاته ، وإنما حاربه على اعتبار أنه استبداد فرد لا يستند إلى عقد اجتماعى ، فإن استند إلى هذا العقد وكان يمثل استبداد المجموع فلا حرج عليه عندئذ [٣] .

---

(١) د. عبد الناصر العطار فى المرجع السابق ص ١٣٦ ، د. حسن كيرة فى المرجع السابق ص ١١٠ ، و د. سليمان مرقس فى محاضرات فى فلسفة القانون (على الآلة الضاربة سنة ١٩٧١) ص ١٧٨ وما بعدها .

(٢)
J.J. Rousseau, de contrat social, aubier, éditions Montaigne, Livre 1, chapitre VII, pp 109-108, livre II chapitre III, p. 145, chapitre IV, p. 152.

مشار إليه فى المدخل إلى القانون للدكتور حسن كيرة ص ١١١ هامش رقم ١ . وراجع أيضا د. سليمان مرقس فى المرجع السابق ص ١٧٨ وما بعدها، و د. حمدى عبد الرحمن فى المرجع السابق ص ٥٦

(٣) راجع : د. حسن كيرة فى المرجع السابق ص ١١١، و د. عبد الناصر =

وفكرة العقد الاجتماعى بالرغم من كل ما لاقته من نجاح وذيوع على يد « روسو » إلا أنها مع ذلك لم تقلل من الاعتقاد والإيمان بفكرة القانون الطبيعى طوال القرن الثامن عشر ، بل إن الحاجة إليها أصبحت أكثر إلحاحا لتقف سدا منيعا أمام استبداد الحكام وتحكمهم بأسم الشعب أو تحت ستار العقد الاجتماعى [١] .

٣٨ — الثورة الفرنسية ومدى تاثرها بالقانون الطبيعى :

لقد تأثرت الثورة الفرنسية إلى حد بعيد بأفكار « روسو » فاعتنقت مذهبه فى حصر السيادة فى الشعب وحده ككل أى كوحدة متماسكة متميزة مستقلة عن الأفراد المكونين له . كما حرصت إلى جانب ذلك على اعتناق فكرة القانون الطبيعى كموجه ومقيد لسيادة الشعب ، فأعلنت ما سمته بحقوق الإنسان الطبيعية ، وألزمت القوانين الوضعية بالاعتراف بها وكفالة احترامها وضمان التمتع بها للأفراد ، بحيث تكون هذه الحقوق بمثابة قيد يرد على تحكم القوانين التى تصدر باسم الشعب ، وكان هذا الاتجاه على خلاف ما ذهب إليه « روسو » ، وبذلك أتيح لمذهب القانون الطبيعى فرصة الظهور فى صورة رسمية من خلال اعلان رسمى يتضمنه هو « اعلان حقوق الإنسان والمواطن » بعد أن كان مجرد فكرة تجرى بها أقلام الفلاسفة والكتاب ، ولا تمتد إلى أكثر من ذلك [٢] .

=

العطار فى المرجع السابق ص ١٣٦ ، و د. محمود جمال الدين زكى فى دروس فى مقدمة الدراسات القانونية ط ١٩٦٤ ص ٥٢ وما بعدها . و د. حمدى عبد الرحمن فى المرجع السابق ص ٥٦

(١) د. حسن كيرة فى المرجع السابق ص ١١٢

(٢) راجع : د. حسن كيرة فى المرجع السابق فقرة ٥٩ ص ١١٢ ، و د. سليمان مرقس فى المرجع السابق ص ١٧٩ ، و د. عبد الناصر العطار فى المرجع السابق ص ١٣٦ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى المرجع السابق فقرة ٣٠ ص ٥٦ وما بعدها .

وقد جاء فى هذا الإعلان الصادر عن الجمعية التأسيسية الفرنسية سنة ١٧٨٩ م فى المادة الأولى ما نصه « أن الناس يولدون أحرارا ويستمرون متساوين فى الحقوق » [١] ، وفى مادته الثانية نص على « أن غاية كل مجتمع سياسى هى المحافظة على حقوق الإنسان الطبيعية التى لا تزول ، وهذه الحقوق هى الحرية والملكية والأمن ومقاومة الظلم أو التعسف » ، وفى مادته الثالثة قرر « أن مبدأ كل سلطة يكمن أساسا فى الأمة » وفى المادة الرابعة أكد على « أن الحرية تتضمن القدرة على إتيان كل ما لا يضر بالغير ، ولذلك فإن ممارسة الحقوق الطبيعية لكل إنسان ليس لها من حدود سوى تلك التى تؤمن لأفراد المجتمع الآخرين التمتع بذات الحقوق ، وهذه الحدود لا يمكن تعينها إلا بواسطة القانون » ... الخ ما جاء فى هذا الإعلان [٢] .

ولقد تجاوب الفيلسوف الفرنسى كانت «Kant» مع الثورة الفرنسية ومع المعتقدات التى مهدت لقيامها ، فهو يفرق بين القانون الطبيعى والقانون الوضعى ، وينتهى إلى إعطاء القانون الطبيعى صفة عقلية بحتة [٣] .

فالاعتقاد إذن فى وجود قانون طبيعى يكون بمثابة تقنين نموذجى يحكم القانون الوضعى بما يتضمن من قواعد ثابتة خالدة يستخلصها العقل من طبيعة الإنسان ، كان هو الاعتقاد السائد فى القرن السادس عشر ، وأضفت عليه الثورة الفرنسية صبغة رسمية عندما أعلنت حقوق الإنسان وضمنتها مبادىء هذا القانون الطبيعى ، التى كانت تعبر عن المعتقدات الفكرية فى هذا العصر ، فتؤكد على وجود قانون طبيعى يسمو على القوانين الوضعية ، وان سلطان العقل هو الذى يستخلص هذا القانون .

---

(١) د. عبد الناصر العطار فى المرجع السابق الاشارة إليه ص ١٣٦

(٢) د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ فقرة ٣٠ ص ٥٦ و ٥٧

(٣) د. حسن كيرة فى مدخل إلى القانون ط ١٩٧٤ ص ١١٣

وقد صدر مشروع تقنين « نابليون » المدنى بالنص على أنه « يوجد قانون عالمى ثابت هو مصدر كل القوانين الوضعية ، ليس هو إلا العقل الطبيعى من حيث أنه يحكم كل شعوب الأرض »[1] . وهذا النص قد حذف عند مناقشة المشروع باعتباره أمرا فلسفيا مسلما ليس من الحكمة فى شىء وجوده فى النصوص التشريعية الوضعية لأنها ليست محلا لإعلان المبادىء الفلسفية ، ولا يعنى ذلك أى انكار لمضمون القانون الطبيعى لأن الاعتقاد فى وجوده كان ينزل حينئذ فى نفوسهم منزلة الإيمان[2] .

٣٩ ـ الانتقادات الموجهة لفكرة القانون الطبيعى فى القرن التاسع عشر :

لقد تعرضت فكرة القانون الطبيعى لمحاربة شديدة طوال القرن التاسع عشر ، شككت فى صحتها ، وقللت من أنصارها فى الفقه الوضعى ، فراجت على حسابها طوال هذا القرن مذاهب واقعية تنكر رد جوهر القانون أو شرعيته إلى مثل أعلى ، وقد تعددت الانتقادات التى وجهت إليها مع تعدد الآراء التى قال بها أنصار النظرية ذاتها[3] .

ونقتصر هنا على ذكر بعض الانتقادات التى كادت أن تودى بها ونعرضها فيما يلى :

١ ـ تركز الهجوم على نظرية القانون الطبيعى فيما تدعيه من وجود

---

(١) انظر : د. حسن كيرة فى المرجع السابق ص ١١٤ ، و د. عبد الناصر العطار فى المرجع السابق ص ١٣٦ و د. منصور مصطفى منصور فى دروس فى المدخل لدراسة العلوم القانونية ط ٩٢ فقرة ٩٢ ص ١٦٩ وما بعدها ، د. محمود جمال الدين زكى فى دروس فى مقدمة الدراسة القانونية ط ١٩٦٤ فقرة ٣٤ ص ٥٣ وما بعدها .

(٢) انظر : د. حسن كيرة فى المرجع السابق ص ١١٤، و د. عبد الناصر العطار فى المرجع السابق ص ١٣٦

(٣) راجع : د. حسن كيرة فى المرجع السابق فقرة ٦٠ ص ١١٤ وما بعدها ، و د. حمدى عبد الرحمن فى المرجع السابق فقرة ٣١ ص ٥٧

صفات ثابتة لا تتغير بتغير الزمان أو المكان ، وقد رد أنصار المذهب التاريخى [1] هذه المقولة لأنها لم تثبت من الناحية التاريخية ، فالمتتبع لتطور القوانين الوضعية فى الدول المختلفة وعلى مر العصور . يلاحظ فيها نسبية المفاهيم القانونية من حيث الزمان والمكان • وقد أبرز (سافينى) [2] مضمون المدرسة التاريخية عندما عرف القانون بأنه — فى تقديره — تعبير عن روح كل شعب وانعكاس لعبقريته الخاصة ، ولا يجوز بالتالى أن يتم تقييد قواعد القانون الوضعى فى دولة معينة بمبادىء ثابتة خالدة ، بحجة أن تلك المبادىء تنتمى إلى القانون الطبيعى ، لأن القانون يأبى أن يكون وليد إرادة من الإرادات كإرادة المشرع الوضعى ، أو أن يكون وليد عقل بشرى يستقل بتكوينه وإنشائه ، وإنما هو وليد البيئة الاجتماعية وحدها ، والبيئة الاجتماعية متغيرة ومتطورة فى الزمان وفى المكان • ومن هنا لم يكن من المتصور عقلا أن يثبت القانون على حال واحدة ، بل هو [illegible]ف دائما بحسب المكان من مجتمع إلى آخر ، إذ تولده [illegible] البيئة الاجتماعية الخاصة لكل مجتمع ، وهو متطور فى الزمان تطورا لا يفتعله الإنسان أو يخلقه بعقله أو بإرادته ، وإنما تطوره هذا يعد من التطور الذاتى أو التلقائى الذى يتسلسل فى حلقة من حلقات التاريخ تسلسلا لا إراديا [3] •

---

(١) سنعرض لهذا بالتفصيل المناسب عند تناولنا للمدارس الواقعية فى المطلب الثانى من هذه الدراسة .

(٢) Savigny فيلسوف المانى يعد من رواد المدرسة التاريخية عاش فى الفترة من ١٧٧٩ إلى ١٨٨١ م .

(٣) راجع : د. حسن كيرة فى المدخل إلى القانون ط ١٩٧٤ فقرة ٦٠ ص ١١٤ وما بعدها ، و د. محمود جمال الدين زكى فى دروس فى مقدمة الدراسة القانونية ط ١٩٦٤ فقرة ٢٥ ص ٥٥ وما بعدها ، و د. عبد الناصر العطار فى مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ط ١٩٧٩ ص ١٣٦ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ فقرة ٣١ ص٥٧ وما بعدها .

وقد كتب لهذا الاتجاه التاريخي النجاح فى ألمانيا ولم يعدم الأنصار فى فرنسا طوال القرن التاسع عشر ، حيث وهنت فكرة القانون الطبيعى بما تتضمنه من اعتقاد فى وجود قانون تجتمع له صفة الثبات والخلود على اختلاف الزمان والمجتمعات ، وفقدت الثقة الكبيرة التى كانت تتمتع بها بسبب الحملة التى شنها عليها أنصار المدرسة التاريخية [١] .

٢ ـ إن فكرة القانون الطبيعى لا جدوى منها من الناحية العملية ، لأن التسليم بجدواها يقتضى أن يكون لذلك أثرا تترتب عليه بعض النتائج التى تكفل لتلك الفكرة قدرا من الفعالية القانونية ، فكان يتعين على الدولة وجوب احترام قواعد القانون الطبيعى فلا تصدر أى قوانين تتعارض معها ، وكان يتعين عليها أيضا أن تعترف للأفراد بحق مخالفة أى قانون وضعى يصدر مخالفا لقواعد القانون الطبيعى [٢] .

ولكن التاريخ بحقائقه لم يسق لنا نموذجا اجتماعيا واحدا قد توصل إلى إقرار هاتين النتيجتين بطريقة محددة وقاطعة . فقواعد القانون الطبيعى لم تصحبها أية جزاءات مادية منظمة تطبقها السلطة العامة . فقد اقتصر الضابط الأعلى فى سلم التدرج القانونى دائما ، وفى البلاد المختلفة ، عند حد الدستور باعتباره متضمنا لأسمى القواعد القانونية فى الدولة [٣] .

---

(١) د. حسن كيرة فى المرجع السابق ص ١١٥

(٢) انظر : د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ص ٥٨ ، و د. منصور مصطفى منصور فى المرجع السابق فقرة ٩٣

(٣) راجع : تيرى erré فى مقدمة دراسة القانون والقانون المدنى، محاضرات باريس ١٩٦٩ ــ ١٩٧٠ ، ص ٢٣ و ٢٤ ، وكولمبل Colombel =

٣ – وأخيرا أخذت على فكرة القانون الطبيعى أنها اتخذت نزعة فردية واضحة لازمتها طوال القرنين السابع عشر والثامن عشر – كما أسلفنا – وبرزت هذه النزعة الفردية وتأكدت رسميا على عهد الثورة الفرنسية ، ووجدت طريقها وتركت بصماتها على أكثر نصوص تقنين (نابليون) [١].

فوقف العديد من فقهاء القانون ضد هذه النزعة المسرفة فى الفردية التى ترى المجتمع مخلوقا لخدمة الفرد وليس العكس ، فتركز القانون وتقصر دوره على خدمة الفرد وكفالة حريته وتمكينه من التمتع بما سمى بالحقوق الطبيعية للانسان ، وقد أدت مهاجمة النزعة الفردية فى القانون إلى مهاجمة فكرة القانون الطبيعى بضراوة باعتبارها تقترن فى الأذهان بالنزعة الفردية ، وهذا الاقتران الماثل فى كثير من الأذهان جعل من أعداء النزعة الفردية أعداء ألداء لفكرة القانون الطبيعى فى ذات الوقت ، فخسرت هذه الفكرة ولم تكسب من وصفها بالدعوة إلى نزعة فردية . وقد أدى ميلاد الفكر الاشتراكى الحديث إلى التركيز على مهاجمة الفلسفة الفردية ، وبالتالى إلى مهاجمة نظرية القانون الطبيعى أيضا كأساس للنظرية الفردية ، واتجه الفكر الاشتراكى إلى تغليب مصلحة المجموع على مصلحة الفرد أى تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة [٢] . وكانت هذه

=

فى مقدمة دراسة القانون والقانون المدنى ط باريس ١٩٦٩ ص ٨٠ و ٨١ ، مشار إليهما فى المرجع السابق للدكتور حمدى عبد الرحمن ص ٥٨ هامش رقم ١

(١) راجع : د. حسن كيرة فى المرجع السابق ص ١١٥ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى المرجع السابق ص ٥٨ و د. محمود جمال الدين محمود فى دروس فى مقدمة الدراسات القانونية ط ١٩٦٤ فقرة ٢٥ ، و د. عبد الناصر العطار فى المرجع السابق ص ١٣٦

(٢) راجع : د. حسن كيرة فى المرجع السابق ص ١١٥ ، ود. عبد الناصر العطار فى المرجع السابق ص ١٣٦ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى المرجع السابق ص ٥٨

الأفكار بمثابة ضربة قوية زلزلت بنيان القانون الطبيعى ، وكانت عاملا فعالا فى تصديع أركانه ، وفتحت المجال لإعادة النظر فى الفكرة كلهـا والتخطيط لإعادة تشييدها على أسس ومفاهيم جديدة .

٤٠ — نظرية القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير :

لقد أدت الانتقادات التى وجهت إلى نظرية القـانون الطبيعى فى صورته التقليدية السالفة ، إلى ظهور فكرة أخرى سميت بالقانون الطبيعى ذى المضمون المتغير natural à contenu Variable الذى دافع عنه الفقيـه الألمـانى « سـتاملر » Stammler واعتنق فكرته بعض الفرنسيين وكان أبرزهم « سالى » Saleilles وقوام هذه الفكرة أو النظرية الجديدة ، أن هناك إطارا ثابتا للقانون الطبيعى يتمثل فى فكرة العدل الاجتماعى ، وهذا الإطار ثابت وخالد فى الزمان والمكان لأن التمييز بين العدل والظلم واقامة القواعد القانونية على أساس من العدل ، قد وجدت دائما فى ضمير الإنسان منذ الأزل . أما مضمون هذا الإطار فهو الذى لا يلحقه ثبات فهو يتغير لأنه يختلف من مكان إلى مكان ومن زمان إلى آخر . فما يعتبر عدلا فى جماعة قد يعتبر ظلما فى جماعة أخرى ، فكل جماعة تضمّن الاطار الثابت فكرتها عن العدل فى ضوء ظروفها الخاصة . بغض النظر عن كونه عدلا فى زمن بذاته أو ظلما فى زمن آخر مثل نظام الرق . فقد كان مشروعا عند الجماعات الأولى طبقـا لتصورها لفكرة العدل ، إلا أن ذلك لا يعنى أنه كان نظاما عادلا بالفعل . لأن للعدل حقيقة فى ذاته ، وهى لذلك حقيقة واحدة خالدة لا تتغير فى زمان أو مكان . والرق فى إطار هذه الحقيقة العارية فى القديم والحديث نظام ظالم دائما فى أى زمان أو مكان حل فيه [1] .

---

(١) راجع : د. حسن كيرة فى المدخل إلى القانون ط ١٩٧٤ فقرة ٦١ ص ١١٦ وما بعدها ، و د. توفيق حسن فرج فى المدخل للعلوم القـانونية =

وقد تعرضت فكرة القانون الطبيعى ذى المضمون المتغير للنقد من حيث أنها فكرة متناقضة ، لأن وجود مثل أعلى خالد أو ثابت بطبيعته ثم تغيير مضمون هذا المثل الأعلى وفق التصور الخاص لكل جماعة ، يؤدى إلى جعل فكرة العدل مجرد فكرة شخصية أو وطنية ليس لها أى كيان ذاتى أو موضوعى يجعل منها حقيقة واحدة على اختلاف الزمان والمكان ، فيصبح التصرف الواحد عدلا فى مكان وظلما فى مكان آخر وهذا ما لا يمكن التسليم به ، لأن معناه عدم وجود ما يسمى بالقانون الطبيعى لأن فكرته لا تتسق مع هذا المفهوم المتغير للعدل ، فجوهر القانون الطبيعى — كما هو معلوم — يقتضى الخلود والثبات كطابع مميز له [1] .

وقد رأى أخيرا أنصار القانون الطبيعى فى العصر الحاضر أن هذا القانون لا يتضمن قواعد تفصيلية — تضع حلولا عملية لكل ما يعرض من مشاكل الحياة الاجتماعية فى دقائقها وجزئياتها — يمكن أن يكتشفها العقل فيضمنها المشرع الوضعى مواد القانون . لأن القانون الطبيعى ليس قانونا ولا نموذجا للقانون ، وإنما هو مبادىء عامة خالدة تعتبر من الأصول التى يجب أن لا يحيد عنها واضع التقنين الوضعى وإلا كان ظالما ، وهى تسمى بموجهات العدل المثالية ، وذلك كمبدأ احترام آدمية الإنسان وحياته ، وعرضه ، وماله ، وتعويضه عن الضرر الذى يصيبه من جراء خطأ الغير ، وتحقيق المساواة بين الأفراد .. وغير ذلك من المبادىء العامة الخالدة التى لا تعتبر فى ذاتها قانونا وضعيا ولا حتى نموذجيا ، وإنما هى

= ط ١٩٧٦ فقرة ٦٠ ص ١٠٤ وما بعدها ، و د. عبد الناصر العطار فى مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ط ١٩٧٩ ص ١٣٧ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ فقرة ٣٢ ص ٥٩

(١) راجع : د. حسن كيرة فى المرجع السابق ص ١١٧ وما بعدها ، و د. منصور مصطفى منصور فى دروس فى المدخل لدراسة العلوم القانونية ط ١٩٧٢ فقرة ٩٤ ص ١٧١ وما بعدها ، و د. توفيق حسن فرج فى المرجع السابق فقرة ٦١ ص ١٠٦ و ١٠٧ ، و د. عبد الناصر العطار فى المرجع السابق ص ١٣٧ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى المرجع السابق ص ٦٠

مجرد مثل أعلى أو موجه عام لا يتغير بتغير الزمان والمكان يضعه المقنن والمفسر والمطبق للتشريع الوضعي نصب عينيه ليهتدى به إلى الأصول العامة للعدل [١] .

وهكذا تبلورت فكرة القانون الطبيعي لتقتصر على تلك الأصول والموجهات العامة للعدل والتي تعتبر أساسا ومثلا أعلى للتنظيم القانوني في كل مجتمع [٢] . وقد درجت بعض التشريعات الوضعية الحديثة — كما أسلفنا — على الإحالة إلى قواعد القانون الطبيعي ليسترشد بها القاضي عند عدم وجود قاعدة قانونية تحكم النزاع . ومن هذه التشريعات القانون المدني المصري الصادر بالقانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ ، فقد نص في الفقرة الثانية من مادته الأولى على أنه « إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية . فإذا لم توجد ، فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة » .

وهكذا ينبغي على القاضي بعد أن يستنفد المصادر السابقة أن يرجع إلى مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، فيجتهد رأيه لا من منطلق التفكير الذاتي وإنما في إطار الاعتبارات الموضوعية العامة التي تحتويها هذه المبادىء وفي نطاق التوجيه المثالي العام [٣] .

---

(١) راجع : د. عبد الناصر العطار في المرجع السابق ص ١٣٧ وما بعدها ، و د. حسن كيرة في المرجع السابق ص ١١٨ وما بعدها ، و د. محمود جمال الدين زكي في دروس في مقدمة الدراسة القانونية ط ١٩٦٤ فقرة ٢٦ ص ٥٨ ، و د. منصور مصطفى منصور في المرجع السابق فقرة ٩٤ ص ١٧٢

(٢) انظر د. حسن كيرة في المرجع السابق ص ١١٨ وما بعدها ، و د. عبد الناصر العطار في المرجع السابق ص ١٣٨

(٣) راجع : د. سليمان مرقس في المدخل للعلوم القانونية ط ١٩٦١ فقرة ١٦٦ ، د. حسن كيرة في المرجع السابق فقرة ٦٢ ص ١١٩ وما بعدها ، و د. حمدي عبد الرحمن في المرجع السابق فقرة ٣٣ و ٣٤ ص ٦٠ — ٦٢

المطلب الثانى

المدرســة الواقعية [1]

L'école réaliste ou positiviste

---

٤١ - تمهيد وتقســيم :

إن المدرسة المثالية كانت لها السيادة حتى أواخر القرن الثامن عشر ، وكانت تقيم أساس القانون وجوهره على أنه مثل أعلى للعدل يستخلصه العقل ، وهذا المثل الأعلى هو الذى يصبغ على القــاعدة القانونية صفة الشرعية ، ظل الحال على ذلك حتى ظهرت فى أواخر القرن الثامن عشر ، وأوائل القرن التاسع عشر بوادر فلسفة جديدة تتخذ اتجاها واقعيا فى البحث عن أساس القانون وجوهره ، وتناقض الفلسفة المثالية من حيث إنكارها لمــا تقوم عليه من تصور فكرى، وتراه ضربا من الحدث والتخمين يتنزه عنه العلم بما ينبغى له من ضبط وثبات ويقين ، تلك هى الفلسفة الواقعيـــة التى لا تؤمن إلا بالواقع المحسوس والملموس الذى تسجله المشاهدة العينية وتؤكده التجربة الواقعية • فكل معرفة عندها يقوم بنيانها

---

(١) L'école realiste إن ابن خلدون (عبد الرحمن ولى الدين ابن خلدون المالكى الخصرمى عاش فى الفترة من ١٣٣٢ إلى ١٤٠٦) يعتبر من أوائل من قالوا بارتباط القانون بالعوامل الاجتماعية انظر فى هذا المعنى مقدمة بن خلدون طبعة دار التحرير ١٩٦٦ ص ٨ ، ومحمد عبدالله عنان فى ابن خلدون ، حياته وتراثه الفكرى ص ٢٤٢ من الطبعة الثالثة . ثم يليــه « منتسكييه » ، فى كتاب روح الشرائع ، حيث يقرر ان القوانين ينبغى أن تكون خاصة بالشعب الذى توضع له ، ويعد من محض الصدفة أن يتفق قانون أمة مع قانون أمة أخرى ، لأن القوانين الوضعية يجب أن تناسب طبيعة البلاد وظروفها من جميع النواحى الاقتصادية والسياسية والدينية ، وأن ترعى ميولهم وعاداتهم وأخلاقهم ... راجع فى ذلك د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ص ٦٢ هامش ١

على أسلوب التفكير الغيبى معرفة حدسية لا يقينية ، وهى بهذا الوصف لا تعد معرفة علمية بالمعنى الصحيح[١] .

وقد أريد لهذه الفلسفة الواقعية أن تنتظم الآفاق كلها ، ما يقبل نهجها وما يستعصى عليه على السواء ، فنفذت إلى القانون تريد أن تخضعه لمنطقها المادى ، ونهجها التجريبى ، وتطرح عنه كل تصور فكرى لا يقوم على أساس من الواقع المحسوس الملموس أو المشاهد المجرب[٢] .

فالقانون من وجهة نظر المدرسة الواقعية بفلسفتها الجديدة ، هو مجموعة القواعد السارية فى بلد معين ، وفى زمن محدد بذاته ، وعلى الباحث أن يتناول هذا القانون بالدراسة والاهتمام وهو على حالته كما هو فحسب ، وما عدا ذلك لا يعد قانونا ولا يستحق مجرد الاهتمام به[٣] .

ويرى بعض فلاسفة الاتجاه الواقعى ، أن العلم القانونى لا يجوز أن يصدر تقييما للقواعد القانونية ، بل يتعين عليه أن يقف عند حدود دراسة ما هو قائم منها فى ساحة مجتمع معين بذاته بالفعل[٤] .

---

(١) راجع : د. حسن كيرة فى المدخل إلى القانون ط ١٩٧٤ فقرة ٦٣ ص ١٢٢ ، د. حمدى عبد الرحمن فى المرجع السابق فقرة ٣٥ ص ٦٢ وما بعدها .

(٢) د. حسن كيرة المرجع السابق ص ١٢٢ و ١٢٣

(٣) انظر فى هذا المعنى د. حمدى عبد الرحمن فى المرجع السابق ص ٦٣

(٤) راجع : د. منصور مصطفى منصور فى دروس فى المدخل لدراسة العلوم القانونية ط ١٩٧٢ فقرة ٩٦ ص ١٧٥ وما بعدها ، و د. محمود جمال الدين زكى فى دروس فى مقدمة الدراسة القانونية ط ١٩٦٤ فقرة ٢٨ ص ٦١ وما بعدها ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ ص ٦٣

ويلاحظ فى هذا الصدد أن أفكار ومواقف واتجاهات فلاسفة المدرسة الواقعية تتخذ أشكالا وأنماطا متعددة تختلف من فيلسوف إلى آخر ، إلا أنه يمكن أن ندرجها تحت فكرتين رئيسيتين : الأولى تربط بين القانون والواقع الاجتماعى وقد برزت فى مذهبين : المذهب التاريخى ، ومذهب التضامن الاجتماعى . والثانية وتربط بين القانون والدولة وتمثلت أيضا فى مذهبين : مذهب أوستن ، ومذهب كلسن .

ونعرض فيما يلى لكل من هاتين الفكرتين فى فرع مستقل .

الفرع الأول

فكرة الربط بين القانون والواقع الاجتماعى

لقد تمثلت هذه الفكرة فى مذهبين : مذهب قام فى ألمانيا فى النصف الأول من القرن التاسع عشر هو المذهب التاريخى أو مذهب التطور التاريخى كما يسميه بعض الكتاب باعتباره مذهبا يقوم على أساس فكرة تطور القانون تطورا آليا . ومذهب ظهر فى فرنسا فى أواخر القرن الماضى والثلث الأول من القرن العشرين وقد كثر أنصاره فى هذه الفترة ثم فترت الحماسة له وضعف سنده فى الفقه القانونى اليوم ، هو مذهب التضامن الاجتماعى الذى يقيم القاعدة القانونية على أساس وجود تضامن بين الأفراد فى المجتمع ، أى على أساس واقعى محض . ونعرض لكل مذهب من هذين المذهبين فى نقطة مستقلة لنرى مدى ما يربط بينهما وبين الواقع الاجتماعى .

٤٢ — **النقطة الأولى : المذهب التاريخى L'Ecole Historique** [١] :

بدت بوادر هذا المذهب عند الفيلسوف الفرنسى منتسكيو (Montesquieu) الذى كشف فى كتابه «روح الشرائع» عن أثر البيئة فى اختلاف القوانين ، ولم يظهر هذا المذهب بأسسه الواضحة المعالم إلا على يد سافينى (Savigny) حين قام يحارب فكرة التقنين التى ظهرت فى ألمانيا سنة ١٨١٤ م أسوة بما سبقت إليه فرنسا من تقنين فى عهد نابليون ، فرفض النظرية التقليدية للقانون الطبيعى وما تقوم عليه من مسلمات أولية لا يقوم لها دليل من الواقع المادى ، وقرر أن العبرة فى القانون تنحصر فى القواعد القانونية السائدة التى تعززها التجربة وتساندها المشاهدة فى إطار مجتمع معين . ويرى أن التجربة قد دلت على أن القانون ليس واحدا ثابتا ، ولكنه يتغير بتغير الزمان والمكان ، وينقاد لعوامل البيئة المتغيرة فهو يوافقها ويتطور معها مواكبا للمتغيرات التى تعتريها ، وهذا يجعله فى وضع يستعصى على التحديد والتثبيت فى تقنين محدد يفضى به إلى الجمود والقعود عن حركة التطور فى المجتمع [٢] .

فالقانون عند أنصار المذهب التاريخى لا ينبعث من إرادة إنسانية واعية ، ولا من مثل عليا توجه أو توحى بغاية معينة ، وإنما هو صياغة

---

(١) راجع : د. حسن كيرة فى المدخل إلى القانون ط ١٩٧٤ ص ١٢٣ وما بعدها ، و د. سليمان مرقس فى المدخل للعلوم القانونية ط ١٩٦١ فقرة ١٧٩ وما بعدها ، و د. عبد الودود يحيى فى دروس فى مبادىء القانون ط ١٩٧٨ ص ٢٣٦ وما بعدها ، و د. توفيق حسن فرج فى المدخل للعلوم القانونية ط ١٩٧٦ فقرة ٦٣ وما بعدها ، و د. منصور مصطفى منصور فى دروس فى المدخل لدراسة العلوم القانونية ط ١٩٧٢ فقرة ٩٧ وما بعدها ، و د. عبد الناصر العطار فى مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ط ١٩٧٩ فقرة ٦١ ص ١٣٨ وما بعدها ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ فقرة ٣٦ وما بعدها ، و د. محمود جمال الدين زكى فى دروس فى مقدمة الدراسة القانونية ط ١٩٦٤ فقرة ٢٩ وما بعدها .

(٢) د. حسن كيرة المرجع السابق ص ١٢٥ ، د. عبد الناصر العطار المرجع السابق ص ١٣٨ ، د. حمدى عبد الرحمن المرجع السابق ص ٦٤

الزمن وصنع السنين ونتاج التاريخ ، إذ هو وليد حاجة الجماعة بكل ما يعتمل فى وجدانها من رغبات • وسر ذلك يرجع إلى أن القانون لا يختلف كظاهرة اجتماعية ، عن الظواهر الاجتماعية الأخرى مثل اللغة ، والثقافة والآداب ، والعادات والتقاليد ، وهى ظواهر تتحدد على ضوء ما يتولد من الضمير الجماعى (La conscience collective) لكل أمة نتيجة ما يعتمل فيه ويترسب عبر الأجيال وعلى مر الزمان من حاجات هذه الأمة وطبيعتها وميولها ونزعاتها الخاصة • فهو يخضع فى تكوينه وتطوره لقوى خفية غير واعية تتحرك فى صمت عبر الضمير الجماعى لكل أمة ، فيكون القانون من خلال هذا التحرك تكوينا ذاتيا آليا لا تفتعله إرادة إنسانية أو تحوله عن مساره المرسوم [1] •

ومن هنا كان الشكل الأكمل والأصدق عند أنصار المذهب التاريخى يتمثل فى العرف لأنه يعد لديهم بمثابة تعبير مباشر أو آلى عن الضمير الجماعى للشعب أو لكل أمة ، وهو بذلك يفضل التشريع الوضعى الذى يقتصر دوره على مجرد التعبير غير المباشر عن هذا الضمير ، فالمشرع الوضعى لا يقوم — فى نظر هذا المذهب — إلا بمجرد تسجيل لمضمون الضمير الجماعى وتطوره على مر الزمن دون أن يمتد إليه بتعديل أو تغيير أو إضافة [2] •

ويترتب على هذا المعنى السابق أن القانون يندمج فى التطور التاريخى للشعب ، وينصهر فى بوتقة الزمان وعبر التاريخ فلا يمكن تحليله أو فهمه

---

(١) انظر د. محمود جمال الدين زكى فى المرجع السابق فقرة ٢٩ ص ٢٤ وما بعدها ، و د. منصور مصطفى منصور فى المرجع السابق فقرة ٩٧ ص ١٧٧ وما بعدها ، و د. حسن كيرة فى المرجع السابق فقرة ٦٥ ص ١٢٤ وما بعدها و د. عبد الناصر العطار فى المرجع السابق فقرة ٦١ ص ١٣٨ وما بعدها ، و د. حمدى عبد الرحمن فى المرجع السابق ص ٦٤ وما بعدها .

(٢) د. حسن كيرة فى المرجع السابق ص ١٢٥ و ١٢٦

إلا من خلال البحث التاريخى عن جذوره ، ولذا يمكننا القول تعقيباً على هذه الأفكار بأنه لا مجال فيها للمصادفات كما أنه لا مكان فيها لإرادات الأفراد .

ونخلص من هذا المذهب بعدة نتائج :

الأولى : أنه مذهب ينكر وجود قواعد ثابتة خالدة يكشف عنها العقل البشرى ، ويرى أن العقول تختلف فى تصوراتها ولذلك تأتى قواعدها القانونية مختلفة ، فهو مذهب يناهض فكرة القانون الطبيعى وكافة ما تقوم عليه من مسلمات أولية لا يقوم عليها دليل من الواقع المادى [١] .

الثانية : أنه مذهب اجتماعى ينظر إلى القانون كظاهرة اجتماعية دائمة التطور ، فالقانون فى هذا المذهب كالسلسلة تتدرج فى حلقاتها الأجيال وتتعاقب على مر الزمن فيرتبط فيها الحاضر بالماضى ، ويمهد الحاضر للمستقبل ، وهو لذلك يتطور تطورا تلقائيا مع تطور الجماعة ، وتطور مظاهر أنشطتها المختلفة [٢] .

الثالثة : أنه مذهب يرى أن تقنين القواعد القانونية يعد عملا ضارا بالمجتمع ، لأنه يجعل النصوص القانونية حبيسة قوالب تشريعية معينة تمنعها من التطور وبالتالى تحول بينها وبين الاستجابة لروح التطور الحتمى التى تقتضيها حياة الشعب . فالعرف فى هذا المذهب يعد أهم مصدر للقواعد القانونية لأنه الوسيلة التى يعبر بها الشعب عن رغباته ومصالحه

---

(١) راجع فى هذا المعنى : د. عبد الناصر العطار فى المرجع السابق ص ١٣٨ ، و د. حسن كيرة فى المرجع السابق ص ١٢٤ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى المرجع السابق ص ٦٤

(٢) انظر : د. حسن كيرة فى المرجع السابق ص ١٢٤ و ١٢٥ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى المرجع السابق ص ٦٤ ، و د. توفيق حسن فرج فى المرجع السابق ص ١٠٨ ، عبد الودود يحيى فى المرجع السابق ص ٢٣٥ .

بصورة تلقائية من خلال حياته اليومية ، كما أنه الوسيلة الكفيلة باستمرار تطور القانون بطريقة طبيعية لا تسمح بوجود فراغ أو توقف يهدد سير الأمة نحو التقدم[(١)] •

٤٣ ـ نقد المذهب التاريخى :

ليس فى الوسع إنكار ما كان لهذا المذهب من فضل فى ربط القانون بالبيئة التى يحكمها ووصله بالجماعة التى يتوجه إليها بأحكامه لتنظيم الأمر فيها وصلا غفل عنه مذهب القانون الطبيعى فعاش بعيدا عن الواقع فى إطار العقل والتفكير المحض ، أما المذهب التاريخى فقد أسهم بنصيب موفور فى إبراز الصفة الاجتماعية للقانون ؛ كما أنه لفت الأنظار بأسلوب مركز إلى الصلة الوثيقة بين القانون ومعطيات الواقع الاجتماعى والتاريخى للشعوب •

غير أنه قد أخذت عليه عدة مآخذ منها :

١ ـ إسرافه بشكل ملحوظ فى ربط القانون بالجماعة إسرافا جعل من القانون مجرد نتاج آلى يخرج مما سماه بالضمير الجماعى للأمة ، فأنكر بذلك دور العقل والإرادة الإنسانية فى تكوين القانون ، وهو دور بارز له بصماته الظاهرة فى مجال تطوير القوانين المختلفة على مر العصور[(٢)] •

---

(١) راجع فى هذا المعنى : د. حسن كيرة ص ١٢٥ ، و د. حمدى عبد الرحمن ص ٦٤ و ٦٥ ، و د. عبد الناصر العطار فى المرجع السابق ص ١٣٩ ، و د. محمود جمال الدين زكى فى المرجع السابق ص ٦٤ و ٦٥

(٢) راجع : د. حسن كيرة فى المدخل إلى القانون ط ١٩٧٤ فقرة ٦٦ ص ١٢٦ ، و د. عبد الودود يحيى فى دروس فى مبادىء القانون ط ١٩٧٨ ص ٢٣٨ ، و د. محمود جمال الدين زكى فى دروس فى مقدمة الدراسة القانونية ط ١٩٦٤ فقرة ٢٩ ص ٦٥

٢ - اندفع هذا المذهب فقصر دور المشرع الوضعى على مجرد تسجيل ما يتولد من الضمير الجماعى دون تعديل أو تبديل فقاد بذلك القانون إلى نوع من القدرية أو الجبرية التى تثبط الهمم وتقعد بها عن الإسراع فى تطوير القانون ، فكأن القانون يتحرك معصوب العينين مندفعا اندفاعا ذاتيا ، إلى غير غاية أو هدف محدد أو معلوم ، وفى هذا ما فيه من إنكار لطبيعة القانون لأنه ليس من العلوم الطبيعية التى تخضع لقواعد السببية ، ولا من العلوم التقريرية حتى تصدق فى حقه هذه القواعد ، وإنما هو أحد العلوم أو النظم التقويمية التى تفترض غاية معينة تستهدفها الإرادة الإنسانية الواعية ، مما يتيح تقويم سلوك الأفراد وفقها وإلزامهم بالعمل على إدراكها [١] .

٣ - أعطى العرف أولوية على غيره من مصادر القاعدة القانونية باعتباره الشكل الأمثل الذى يصدر به القانون ، وهو أمر سبق تفنيده ، وقد أثبت التاريخ قدر عيوبه ، لأن العرف إن كان صالحا للمجتمعات البدائية حيث لا يوجد أى تعقيد فيها لا من الناحية الاجتماعية أو الاقتصادية أو السياسية ، فانه لا يصلح للمجتمعات الحديثة ، ولذلك فقد تخلفت مرتبته وأصبحت تلى التشريع الوضعى الذى غدا اليوم هو الشكل الأهم والأمثل للتعبير عن القواعد القانونية ، وصار العرف مصدرا احتياطيا للقانون لا يلجأ إليه إلا عند غياب النصوص القانونية ، وقد فرضت متطلبات المجتمع الحديث هذا التغيير ليواكب السرعة والدقة والانضباط التى أصبحت من معالم هذا المجتمع ، وهى مظاهر تتوافر فى التشريع وتختفى فى العرف [٢] .

---

(١) راجع : د. حسن كيرة فى المراجع السابق ص ١٢٧ ، و د. محمود جمال الدين زكى فى المرجع السابق ص ٦٥ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ فقرة ٣٧ ص ٦٥ وما بعدها .

(٢) انظر د. منصور مصطفى منصور فى دروس فى المدخل لدراسة =

٤ ـ يدعو هذا المذهب إلى نوع من الوطنية القانونية المتطرفة إذ يرى أن القانون وليد الروح الشعبى الجماعى بخصائصه القومية والوطنية المتراكمة على مر الزمن فى تاريخ حياة كل أمة ، والقول بأن القانون هو من خصوصيات شعب بعينه قد يدفع إلى التطرف كما حدث بالفعل فى ظل حكم النازية الألمانية والفاشستية الإيطالية ... وهذا ينتهى إلى حصر العلم القانونى فى أطر اقليمية تضر بالتقدم الإنسانى ولا تفيده . وعندما يحصر هذا المذهب القانون فى إطار الإقليمية الوطنية فانه بذلك يغفل حقيقة واقعة وهى أن هناك قدرا مشتركا من المبادىء الأساسية بين الأمم لا يختلف من بلد إلى بلد تؤكدها وحدة العقل البشرى ، وتشابه الطبيعة الانسانية على اختلاف الزمان والمكان ، كما يدعمها تلك الاتجاهات الحديثة التى ترمى إلى توحيد القواعد القانونية على مستوى العالم فى بعض فروع القانون مثل التجارة الدولية ، والقانون الدولى الخاص وقوانين العمل [1] .

وفضلا عن ذلك فقد نقضت التجربة دعوى طبع القانون بطابع قومى أو وطنى بحت بربطه بخصائص الأمة وتاريخها حيث نقلت الكثير من الأمم المختلفة قوانينها الوطنية بصفة كلية أو جزئية عن قوانين أجنبية نشأت فى بيئة مختلفة تمام الاختلاف ، ومن قبيل ذلك نقل القانون المدنى السويسرى إلى تركيا وتطبيقه فيها بعد الانقلاب الذى قاده كمال أتاتورك

= العلوم القانونية ط ١٩٧٢ فقرة ٩٧ ص ١٧٨ ، و د. عبد الودود يحيى فى المرجع السابق ص ٢٣٨ وما بعدها ، و د. حسن كيرة فى المرجع السابق ص ١٢٩ وما بعدها ، و د. عبد الناصر العطار فى مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية فقرة ٦١ ص ١٣٩ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى المرجع السابق ص ٦٥ وما بعدها .

(١) راجع : د. حسن كيرة ص ١٢٩ ، و د. عبد الناصر العطار ص ١٣٩ ، و د. محمود جمال الدين زكى ص ٦٩ ، و د. حمدى عبد الرحمن ص ٦٦

وقد صادف التطبيق نجاحا بالرغم من اختلاف البيئة والعادات والتقاليد ، ونقل القوانين المصرية نقلا يكاد يكون حرفيا عن التقنينات الفرنسية فى غير مسائل الأحوال الشخصية ، كما أن القانون الهندى قد تأثر كثيرا بالقانون الانجليزى ، وكما أن القانون الأمريكى مأخوذ إلى حد كبير من القانون الإنجليزى ... الخ ، ولم يقف هذا النقل عقبة فى سبيل نجاح تطبيق تلك القوانين ، بالرغم من انقطاع الصلة فى البيئة والتقاليد والتاريخ بين هذه الدول فى الغالب [١] .

٤٤ — موقف « اهرنج » من المذهب التاريخى :

لقد أثارت النتائج التى ينتهى إليها هذا المذهب الفقيه الألمانى اهرنج (Ihering) ودفعته إلى مهاجمته بعد أن كان من أنصاره ، وأسس مذهبا جديدا عرف باسم مذهب (الكفاح) (la butte) أو الغاية (le but) أو نظرية الغاية الاجتماعية (Théorie du but social) وقرر أن انكار الإرادة فى نشوء القانون هو الذى جعله ينادى بنظرية أخرى يحلل فيها أساس القانون ، وينتهى إلى أنه ينشأ ويتطور بارادة الانسان لتحقيق غاية معينة هى حفظ المجتمع وكفالة تقدمه ، فالقانون عنده ليس من الظواهر الطبيعية أو المادية حتى يخضع لقانون السببية ، ولكنه يبتغى غاية معينة يسعى إلى تحقيقها ، ومن هنا لم يكن تطوره تطورا معصوب العينين يندفع على غير هدى ، ولكنه تطور يندفع عن بصيرة واعية نحو تلك الغاية [٢] .

---

(١) انظر د. حسن كيرة فى المرجع السابق ص ١٢٩ ، و د. عبد الناصر العطار فى المرجع السابق ص ١٣٩ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى المرجع السابق ص ٦٦ ، و د. عبد الودود يحيى فى المرجع السابق ص ٢٣٨

(٢) راجع : د. توفيق حسن فرج فى المدخل للعلوم القانونية ط ١٩٧٦ فقرة ٦٧ ، و د. حسن كيرة فى المدخل إلى القانون ط ١٩٧٤ ص ١٢٧ وما بعدها ، و د. عبد الناصر العطار فى المرجع السابق فقرة ٦٢ ص ١٤٠ ، و د. مختار القاضى فى أصول القانون الطبعة الثالثة ١٩٦٧ ص ٦٤ وما بعدها .

وما دام القانون لا يتطور تطورا آليا ، وإنما يتطور بفعل الإرادة الانسانية ، فتطوره لا يتم غالبا فى يسر ولين لأنه يصيب مصـالح بعض الأفراد فيقوم على إثر ذلك صراع بين أصحاب المصلحة فى بقاء القديم على قدمه ، وأصحاب المصلحة فى تغيره ، ويتوسل كل فريق منهما بالكفاح المستميت لترجيح كفته ، ويسفر كفاح كل منهما عن الإبقاء على القانون القديم أو استبداله بجديد غيره ، فيرتهن تطور القانون إذن بنتيجة الكفاح والصراع ، والتاريخ حافل بأمثلة الثورات والكفاح المرير فى سبيل تغيير النظم القانونية وتطويرها ، وهذا ما حدث على سبيل المثال فى إلغاء الرق ، وفى وضع تشريعـات لحمـاية العمال ، وفى تشريعات تحـديد الملكية الزراعية [1] .

وأيا كان الرأى فى مذهب اهرنج فقد كان له الفضل فى ابراز دور الإرادة الإنسانية فى نشوء وتطور القانون ، والتنبيه إلى غاية القـانون والكفاح من أجل تغييره إذا اقتضى الأمر ذلك ، إلا أنه أسرف فى تحكيم الارادة الانسانية وحدها فى تكوين القانون وتطويره ، وعلق ذلك على الكفاح الذى ترتهن نتيجته بالقوة لا بالعقل ، مع أن قواعد العرف مثلا لا تنشأ عن الإرادة الإنسانية بصورة مباشرة وإنما تنشأ بطريقة غامضة لا تلبث أن تتضح تدريجيا وبمرور الزمن وبدون تدخل للإرادة الانسانية فيها سوى بالطريق غير المباشر ، وليس صحيحا أيضا ما يدعيه اهرنج من أن غاية القانون دائما هى حفظ المجتمع وكفالة تقدمه — كما أسلفنا — فقد تكون غايته العدل ، وقد تكون غايته تحقيق مصالح معينة قد تتعارض مع تقدم المجتمع كبعض القوانين التى يضعها الغزاة فى البلاد التى يستولون

(١) د. حسن كيرة فى المرجع السابق ص ١٢٨ ، و د. عبد الناصر العطار فى المرجع السابق ص ١٤٠ ، و د. عبد الودود يحيى فى المرجع السابق ص ٢٣٩ ، و د. محمود جمال الدين زكى فى المرجع السابق ط ١٩٥٥ فقرة ٢٣ ، و ط ١٩٦٤ فقرة ٢٩ ص ٦٤ وما بعدها .

عليها وبعض الأحكام التى يقرها قانون الطوارىء دون وجود ما يبرر اقرارها فضلا عن تطبيقها فى أوقات السلم [١] .

٤٥ — النقطة الثانية : مذهب التضامن الاجتماعى
La Doctrine de la solidarité sociale [٢]

يقول بهذا المذهب الفقيه ديجى (Duguit) وقد اتجه به اتجاها واقعيا فهو يدعو إلى الوقوف عند الواقع بالمشاهدة والتجربة وعدم تجاوزه إلى ما وراء الطبيعة (La méthaphysique) [٣] فأنكر كثيرا من الأسس التى يقوم عليها القانون ، كفكرة الحق ، وفكرة الشخصية القانونية بما فيها الشخصية المعنوية للدولة ، وفكرة السيادة ، وفكرة الأصـول أو الموجهات المثالية للعدل المهيمنة على وضع القواعد القانونية ، باعتبار أن

(١) د. حسن كيرة ص ١٢٨ ، و د. عبد الناصر العطار ص ١٤٠ . و د. محمود جمال الدين زكى ط ١٩٦٤ ص ٦٥ ، و د. عبد الودود يحيى ص ٢٣٩ ، و د. توفيق فرج فى المرجع السابق فقرة ٦٢ ، و د. منصـور مصطفى منصور فى المرجع السابق ص ١٧٨

(٢) راجع فى ذلك : د. حسن كيرة فى المدخل إلى القانون ط ١٩٧٤ فقرة ٦٧ والمراجع الأجنبية التى اشار إليها فى ص ١٣٠ هـامش رقم ٢ ، و د. توفيق حسن فرج فى المدخل للعلوم القـانونية ط ١٩٧٦ فقـرة ٦٩ ص ١١٩ ، و د. سليمان مرقس فى محاضراته فى فلسفة القانون (على الآلة الضاربة سنة ١٩٧١) ص ٢٣٢ وما بعدها و د. منصور مصطفى منصور فى دروس فى المدخل لدراسة العلوم القـانونية ط ١٩٧٢ فقـرة ٩٩ ص ١٨٠ وما بعدها ، و د. عبد الناصر العطار فى مدخل لدراسة القـانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ط ١٩٧٩ فقرة ٦٣ ص ١٤١ وما بعدها ، و د. حمـدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ فقرة ٣٨ ص ٦٦ وما بعدها .

(٣)
Duguit, Traité de droit constitutionnel, I 1. pp XV-XVIII
Leçons de droit public géneral, pp. 34 - 36.

توفى الاستاذ ديجى فى سنة ١٩٢٨ ، وكان قد سبق له ان زار مصر والقى بعض المحاضرات فى كلية الحقوق جامعة القاهرة حيث عمل بها عميدا للكلية فترة من الزمان . راجع : د. عبد الفتاح عبد الباقى فى نظرية القانون ط ١٩٦٦ ص ٧٠ هامش ٢

هذه الأفكار أمورا لا تخضع للمشاهدة والتجربة • ومنهج (ديجى) يتمثل فى ملاحظة الظواهر الاجتماعية الملموسة واعمال التجربة لاستخلاص القوانين الخاصة بتعايش تلك الظواهر وتعاقبها • ولا تقتصر نتيجة هذا الأسلوب على استخلاص المبادىء التى تحكم الحياة الاجتماعية فى الحال فحسب ، بل تصل إلى امكان توقع الأنماط الحتمية التى تحكم المستقبل [١] •

وأساس القانون عند ديجى هو شعور الأفراد بالتضامن الاجتماعى وكذا شعورهم بأن العدل يقتضى منهم حمايته بل ويلزمهم بذلك ، والوصول إلى فكرة التضامن الاجتماعى اقتضت من (ديجى) أن يستنبط ويستخرج من الواقع الاجتماعى عدة حقائق ليبنى عليها نتائج معينة ، من هذه الحقائق أن الانسان اجتماعى بطبيعته ولا يستطيع أن يعيش إلا فى مجتمع ، ومنها أيضا أن كل انسان لا يستطيع أن يستقل بحاجاته كلها ولا يمكن أن يدبرها جميعا لذلك فهو فى حاجة إلى غيره ، وبالتالى يقوم بينه وبين غيره من الناس تضامن اجتماعى يتمثل فى صورتين : تضامن بالاشتراك أو التشابه فى نفس الحاجات (solidarité par similitude) يعنى اشتراك الناس فى الشعور بحاجات متشابهة ، وتضامن بتقسيم العمل (Solidarité par division du travail) وهو تضامن ناتج من اختلاف الميول لدى الأفراد واتجاههم إلى أداء خدمات إلى الآخرين لتحقيق حاجاتهم وهذا يؤدى بدوره إلى تقسيم العمل ثم إلى التخصص [٢] • ومن هاتين

---

(١) راجع : د. حسن كيرة فى المرجع السابق فقرة ٦٨ ص ١٣١ وما بعدها ، و د. توفيق فرج فى المرجع السابق فقرة ٦٩ ص ١١٩ وما بعدها ، و د. سليمان مرقس فى محاضراته السابقة ص ٢٣٣ ، و د. عبد الناصر العطار فى المرجع السابق فقرة ٦٣ ص ١٤١

(٢) د. حسن كيرة ص ١٣٢ وما بعدها ، د. عبد الناصر العطار ص ١٤١ ، د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ فقرة ٣٨ ص ٦٧ وما بعدها .

الحقيقتين ينشأ ما يسمى عند ديجى (بالحد الاجتماعى) ذلك أن الناس لا يعيشون إلا فى مجتمع ، وفى هذا المجتمع يقوم بينهم تضامن اجتماعى ، وهذا التضامن يتطلب حمايته إذا اقتضى الأمر ، وذلك فى حالة تجاوز الحدود التى ينبغى الوقوف عندها وحتى يمكن منع من تسول له نفسه الاخلال بهذا التضامن فى صورتيه وقد وضعت لذلك الحدود الاجتماعية التى لا يجوز للانسان أن يتعداها ، فإن تعداها فى الناحية الاقتصادية مثلا خسر ثروته أو بعضها ، وإذا تعداها فى الناحية الخلقية جُوبه بالاحتقار والازدراء ، فالاخلال بأى من القواعد الاقتصادية أو الأخلاقية يؤدى إلى خلل فى النظام الاجتماعى فيجابه برد فعل تلقائى من المجتمع بقصد إعادة التوازن الاجتماعى إلى وضعه الصحيح ، ولكن قد يرتفع الحد الاجتماعى إلى الحد القانونى وذلك عندما يكون هناك جزاء مادى محدد سلفا توقعه السلطة العامة فى الجماعة على من يخرج على هذا التضامن الاجتماعى ، فيكون هناك (إجبار اجتماعى) أى استخدام للقوة عن طريق الدولة[1] .

ويرى ديجى أن الحد الاجتماعى لا يرتفع إلى (حد قانونى) عن طريق الحكومة وإلا كان الحكم هو مصدر القانون . ولكنه يرتفع نتيجة شعور الأفراد بضرورة ذلك لحفظ تضامنهم الاجتماعى ، وأن كفالة هذا التضامن تقتضى استخدام قوة الإجبار الاجتماعى . أى أن معيار الأصل القانونى أو أساس القاعدة القانونية عند ديجى هو شعور جمهور الأفراد بالتضامن الاجتماعى ، وباختلاله إن لم تقم على كفالته قوة الجماعة المادية المنظمة ، وأن يشعروا أيضا بأن العدل يقتضى استخدام هذه القوة لذلك . وليس المقصود بالعدل فى هذا المذهب — عند ديجى — فكرة العدل المثالى

---

(١) د. منصور مصطفى منصور فى المرجع السابق فقرة ٩٩ ص ١٨٠ وما بعدها ، و د. حسن كيرة فى المرجع السابق ص ١٣٣ وما بعدها ، و د. عبد الناصر العطار فى المرجع السابق ص ١٤١ وما بعدها ، و د. حمدى عبد الرحمن فى المرجع السابق ص ٦٨

أو المبدأ أو المثل الأعلى للعدل ، لأن هذه أفكار غير واقعية وهو مذهب يستند إلى الواقع فيحدد العدل بأنه الشعور المبهم — فى قليل أو كثير — لدى جمهرة الأفراد فى المجتمع بما هو عدل وبما ليس بعدل [١] .

خلاصة القول أن القاعدة القانونية عند ديجى هى التى يشعر جمهور الأفراد المكونين للجماعة أنها ضرورية ولازمة لصيانة التضامن الاجتماعى ، وأن من العدل تسخير قوة الإجبار فى الجماعة لكفالة احترامها [٢] .

٤٦ — نقد مذهب التضامن الاجتماعى :

إن لهذا المذهب فضلا غير منكور يتمثل فى زلزلة وزعزعة الاعتقاد الذى كان سائدا بأن القانون هو مجرد عمل عقلى بحت وقد تحقق له ذلك بفضل ما سلطه من أضواء على الحقائق الواقعية المستمدة من الحياة الاجتماعية وإبراز أثرها فى تكوين القانون ، فلا يتصور عند تأسيس القانون أو تأصيله إغفال هذه الحقائق ، ولا شك فى أن الربط بين القانون ومقتضيات التضامن الاجتماعى أمر مرغوب فيه إلى حد بعيد ليأتى القانون موافقا لحاجات الأفراد ومتفقا مع واقعهم الاجتماعى .

ومع ذلك فقد تعرض مذهب ديجى لكثير من أوجه النقد نوجز أهمها فيما يلى :

١ — إن أول وأهم ما يرد من نقد على هذا المذهب ، هو المنهاج الواقعى التجريبى الذى يريد (ديجى) أن يخضع له القانون ، فهذا المنهاج إن كان يصدق فى شأن الظواهر الطبيعية التى تخضع لناموس السببية (la cousalité) حيث لا تتخلف النتيجة إذا وجد سببها فإنه

---

(١) انظر د. حسن كيرة ص ١٣٣ ، و د. عبد الناصر العطار ص ١٤١ و ١٤٢ ، و د. حمدى عبد الرحمن فقرة ٣٩ ص ٦٨ وما بعدها .

(٢) نقلا عن د. حسن كيرة من المرجع السابق ص ١٣٤

لا يصدق فى شأن الظواهر الإرادية التى تخضع لناموس الغـاية (La finalité) حيث يتصـور تخلف الإرادة عن تحقيق الغـاية المرسومة لها . وذلك لأن الظواهر الطبيعية مسيرة مجبرة تتحقق آليا إذا توافرت أسبابها ، أما الظواهر الإرادية فلا يوجد فى صددها إلا واجب تحقيق غاية معينة ، فتملك الإرادة طاعته كما تملك عصيانه على السواء ، فالقانون وهو بصدد حكم الظواهر الإرادية لا يملك إخضاع الفرد قسرا لفعل معين ، كما يملك إخضاعه لذلك قانون الطفو مثلا ، من هنا يمكننا أن نقول بأن القانون لا يقرر ما هو كائن ، وإنما يقوّم ما هو كائن تقويما يقرر به ما ينبغى أن يكون أى ينتقل من الواقع إلى الواجب ، فيجاوز بذلك دائرة المشاهدة والتجربة إلى دائرة العقل والتفكير البحت حيث يمكن التقـدير والتقويم [١] ، فاخضاع القانون للواقع التجريبى كما يفعل ديجى إنما هو إغفال لطبيعة القانون وإنكار لوظيفته التقويمية [٢] .

٢ — لقد أغفل هذا المذهب — بحق — أن الإنسان فى المجتمع كما أنه بحاجة إلى التضامن كثيرا ما يقوم بينه وبين غيره تنافس ونزاع ، وهى حقيقة واقعة لا يصح إغفالها ، وقد وقف هذا المذهب عند نطاق التضامن فحسب ، وهذا يكشف عن تلمسه للمثل العليا التى تتعارض

---

(١) راجع بتوسع فى التفرقة بين الظواهر الطبيعية والظواهر الإرادية ، وفى التفرقة بين الأحكام التقريرية والأحكام التقويمية المصادر المشار إليهـا فى مؤلف د. حسن كيرة ص ١٢٥ هامش ١ ومنها ما يلى :

Baudin, introduction général à la philosophie, 1927, pp, 160, 161
Bonnard, L'origine de l'ordonnancement juridique, Mélanges Hauriou, pp. 61-64

(٢) انظر : د. حسن كيرة فى المدخل إلى القانون ط ١٩٧٤ فقرة ٦٩ ص ١٣٥ وما بعدها ، و د. توفيق فرج فى المدخل للعلوم القانونية ط ١٩٧٦ فقرة ٧٠ ص ١٢٣ ، و د. منصور مصطفى منصور فى دروس فى المدخل لدراسة العلوم القانونية ط ١٩٧٢ فقرة ٩٩ ص ١٨٢

مع المنهج التجريبى الذى يقف عند الواقع ولا يجاوزه إلى المثاليات على الاطلاق [(١)] .

٣ — إن هذا المذهب ينظر إلى العدل واضعا فى اعتباره ما يشعر به الأفراد فعلا بأنه عدل ، لا ما يكون مثلا أعلى ، أى يجعل من العدل مجرد شعور شخصى صادر من جمهور الناس ، لا حقيقة موضوعية ثابتة يستخلصها العقل ويفرضها على الناس . وهو بذلك يجعل من العدل فكرة غير مستقرة تخضع لتحكم الأهواء والعقائد والنزعات ؛ وفى هذا ما فيه من الخطورة التى تهدد كيان العدل ، فمن المعلوم أن الأفراد هم الذين يخضعون للعدل ، وليس العدل هو الذى يخضع لهم حتى يرتهن بادراكهم أو اعتقادهم ، والقول بغير ذلك يحتم اعتبار نظام كالرق والتفرقة العنصرية والبغاء المنظم — فى بعض الدول — نظما عادلة لمجرد شعور الأفراد فى هذه الجماعات واعتقادهم فى عدالتها ، وهو ما لا يمكن التسليم به [(٢)] .

الفرع الثانى

فكرة الربط بين القانون والدولة

لقد برزت هذه الفكرة فى مذهبين : مذهب استقاه الفيلسوف الإنجليزى أوستن (Austin) مما كان يراه فلاسفة اليونان من أن إرادة السلطان هى أساس القانون ، ومذهب فيلسوف النمسا هانز كلسن

(١) انظر : د. عبد الناصر العطار فى مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ط ١٩٧٩ ص ١٤٢ ، و د. حسن كيرة فى المرجع السابق ص ١٣٦ وما بعدها ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ فقرة ٤٠ ص ٧٠ وما بعدها .

(٢) د. حسن كيرة ص ١٣٧ وما بعدها ، و د. عبد الناصر العطار ص ١٤٢ ، و د. منصور مصطفى منصور ص ١٨٣ ، و د. عبد الفتاح عبد الباقى فى نظرية القانون ط ١٩٦٦ ص ٧٠ فقرة ٣٥ مكرر ٤

(Kelsen) الذى يرمى إلى تخليص القانون من المبادىء المثالية والأخلاقية بغية الوصول إلى علم قانونى حقيقى لا تشوبه أية عناصر أجنبية عنه ، ويتميز هذان المذهبان بأن اتجاههما الواقعى قد اتخذ طابعا وضعيا بحتا ، فقد ربطت أفكارهما بين القانون والدولة إلى حد التطابق الكامل ولذلك يطلق عليهما اصطلاح المذاهب الشكلية (les doctrines formalistes) وسنعرض لكل مذهب من هذين المذهبين فى نقطة مستقلة لنبرز مدى ربطه بين القانون والدولة وقيمة ما انتهى إليه .

٤٧ — النقطة الأولى : مذهب أوستن
(المدرسة التحليلية) (L'école analitique)

يستبعد أوستن كافة الأفكار المسبقة من مذهبه ، تلك الأفكار الخاصة بالمثالية والعدل ، كما يستبعد كل تقييم لنظام القانون ، فلا مجال عنده للنظريات المثالية كنظرية القانون الطبيعى وغيرها من النظريات الأخرى كنظرية العقد الاجتماعى لأنه لا يعيرها أى اهتمام فى أبحاثه ، فهو يقصر اهتمامه على القانون كما هو قائم فى الواقع بالفعل ، ليكشف عن المبادىء والمفاهيم التى تحكمه ، ليستخلص منها التعريف الصحيح للقانون ، فالقانون عنده عبارة عن مجموعة من الأوامر الصادرة عن السلطة العليا فى الجماعة ، إلى الأشخاص الخاضعين لها ، على نحو ملزم [١] ، أو هو أمر command — وليس بنصيحة conseil — من حاكم سياسى سواء كان فردا أو جماعة يصدره إلى أفراد الجماعة ثم يحملهم عليه عن طريق توقيع الجزاء على من يخالف هذا الأمر [٢] . فحقيقة القانون عند أوستن أمر ممن يدان له بالطاعة إلى

---

(١) د . حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ فقرة ٤٤ ص ٨٠ .

(٢) د . عبد الناصر العطار فى مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ط ١٩٧٩ فقرة ٥٩ ص ١٣٢

من تجب عليه الطاعة . أى الأمر الذى يصدر من ذى صفة إلى من يدين بطاعته [1].

وبتحليل هذه التعاريف نخلص إلى أن القانون يتميز عند أوستن بثلاثة أمور هى : الأمر ، والسلطة (الحاكم السياسى) ، والجزاء ، ويترتب على هذا أن التشريع عنده هو المصدر الوحيد للقانون ، لأنه الشكل الوحيد الذى يصدر فيه أمر السلطة صاحبة السيادة ، وهو يحصر أسس القانون فى إرادة السلطة ومشيئة الحاكم ، فالعرف الذى ينشأ نتيجة لتواتر سلوك الناس على نحو معين فترة طويلة من الزمن ، لا يمكن أن ينشىء قاعدة قانونية إلا فى الحدود التى يسمح بها المشرع الوضعى ، كما لا يجوز بناء على هذا المذهب أن يخالف العرف بأية حال ، القواعد التشريعية ، ويجب بمقتضى هيمنة الدولة على القانون أن يتم تفسيره بالبحث والكشف عن إرادة الحاكم مصدر القانون بغض النظر عن تغير الظروف نتيجة لمرور الوقت . ولا تعتبر قواعد القانون الدستورى قانونا إذا طبقنا عليها المعيار الذى يتمسك به أوستن لأنها قواعد تنظم سلطة الحاكم ، والقانون فى مذهبه عبارة عن أوامر للمحكومين . وعلى ذلك فإن للحاكم أن يضع بارادته القواعد الدستورية دون أن يلتزم بها وله أن يلغيها ، وكذلك لا تعتبر قواعد القانون الدولى العام قانونا بمعيار أوستن لأنها لا تصدر من سلطة سياسية عليا تنظم العلاقات الدولية وإنما تتم باتفاق حكام الدول ، والدول تتساوى فيما بينها فى المجتمع الدولى ،

---

(١) وهذا التعريف للفيلسوف الإنجليزى هوبر (Tomas Hobbes) وقد تأثر به أوستن إلى حد كبير راجع فى ذلك : د. محمد على عرفة فى مبادىء العلوم القانونية ط ١٩٥٢ ص ٦٧ ، و د. عبد الفتاح عبد الباقى فى نظرية القانون ط ١٩٦٦ فقرة ١٦ ص ٣٤ ، و د. محمود جمال الدين زكى فى دروس فى مقدمة الدراسة القانونية ط ١٩٦٤ فقرة ١٩ ص ٤٤ وما بعدها ؛ و د. عبد الناصر العطار فى المرجع السابق ص ١٣٢ هامش رقم ١ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى المرجع السابق هامش رقم ٣ وانظر أيضا المراجع المشار إليها فى الهامشين .

ولا توجد سلطة عليا تستطيع أن تصدر أوامرها الملزمة على الدول المختلفة . ومن أساس القانون عند أوستن — كما أسلفنا — أن يكون له جزاء يوقع على من يخالف أحكامه [1] .

٤٨ — نقد مذهب اوستن :

يتميز هذا المذهب ببساطته ، فمعياره واضح جلى ، وهو صدور أمر من السلطان إلى الرعية فإذا تضمنت القاعدة أمرا من هذا النوع كانت قانونا وإلا فلا ، ومع ذلك فقد تعرض هذا المذهب لعدة انتقادات ، سواء فى تصوره لأساس القانون أو فيما ترتب على هذا الأساس من نتائج ، وليست له ميزة واحدة فى نظرنا بعد أن جعل من القانون ترجمانا لمشيئة الحاكم ومعبرا عن إرادته فحسب .

وفيما يلى عرض لأهم الانتقادات التى وجهت إليه :

١ — يؤخذ على هذا المذهب خلطه الواضح بين القانون والدولة خلطا كاملا ، وهذا الخلط يناقض حقيقة القانون من حيث كونه ظاهرة إجتماعية قبل أن يكون ظاهرة وضعية ، وتلك حقيقة تاريخية مستقرة ، فقد نشأ القانون مع نشأة المجتمع فى صورته البدائية ، وقبل أن تظهر الدولة ككيان سياسى منظم . وكان العرف من أسبق

---

(١) راجع : د. سليمان مرقس فى محاضرات فى فلسفة القانون (على الآلة الضاربة) سنة ١٩٧١ ص ١٩٠ وما بعدها ، و د. عبد الفتاح عبد الباقى فى المرجع السابق فقرة ١٦ مكرر ص ٣٥ وما بعدها ، و د. محمود جمال الدين زكى فى دروس فى مقدمة الدراسة القانونية ط ١٩٦٤ فقرة ١٩ ص ٤٥ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون فقرة ٤٤ ص ٨٠ وما بعدها ، و د. عبد الناصر العطار فى مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية فقرة ٥٩ ص ١٣٢ وما بعدها .

(٢) د. عبد الفتاح عبد الباقى نظرية القانون الطبعة الخامسة ١٩٦٦ فقرة ١٧ ص ٣٧

القواعد القانونية فى الوجود باعتباره المظهر لقدرة الجماعة على إيجاد القواعد القانونية بصورة تلقائية وبدون تدخل من الدولة ، ولذلك يقال بحق عن مذهب أوستن أنه تغاضى عن البحث فى تطور القانون ، وقنع بتناول المظهر دون الجوهر [١] . فمذهبه ينتهى إلى تكريس طغيان الدولة ، لأنها صانعة القـانون وذلك لا يلزمها أن تتقيد به [٢] .

٢ ــ إن هذا المذهب بمفهومه المحدود للقانون يجرد القانون الدستورى من صفته القانونية لأنه لا يصدر عن سلطة أعلى من سلطة الدولة ، ومخالفة أحكامه من قبل الحاكم لا تستتبع توقيع جزاء محدد عليه ، لأن القانون مشيئة الحاكم فلا يلزم به بناء على نظرية أوستن ، وهذا بلا شك يتعارض مع ما تسلم به جميع الدول المتمدينة من ضرورة إلزام الدولة بالقانون ، لأن ذلك من مقتضيات الاستقرار والنظام فى المجتمع الحديث ، وتحترم الدول قوانينها خاصة الدساتير ، لأن الدستور هو سماء القوانين فلا تعلوه ولا تخالفه بل تحافظ عليه وتصونه وتلتزم بمضمونه لدرجة القداسـة حكاما ومحكومين ، ومعيار الاستقرار فى الأمم المتحضرة هو استقرار دساتيرها واحترام قوانينها ، وهذا المذهب يجعل من الدستور والقوانين ألعوبة فى يد الحاكم يعدلها ويبدلها متى شاء وإن كان ذلك بغير مقتضى ولا يواجه إلا بمجرد اللوم [٣] ، أو الاصطدام به عندما يبلغ العسف منتهاه ،

---

(١) د. محمد على عرفة فى مبادىء العلوم القانونية ط ١٩٥٢ ص ٦٨، و د. عبد الفتاح عبد الباقى فى نظرية القانون ط ١٩٦٦ ص ٣٩ و ٤٠

(٢) د. حمدى عبد الرحمن فى المرجع السابق فقرة ٤٥ ص ٨٢

(٣) د. محمد على عرفة فى المرجع السابق ص ٧٣

وتنتفض الجماهير لإزاحته ، ليتم إحلال عابث آخر مكانه بلا رادع أو زاجر ، أهناك بعد ذلك خبل ؟ وأى خبل ! [1] .

٣ – ان ربط هذا المذهب بين القانون وفكرة السيادة (Souveraineté) جعل أوستن لا يعترف بقواعد القانون الدولى العام كقواعد قانونية – كما أسلفنا – لأنها قواعد لا تصدر من سلطة تعلو سلطة الدول الموجهة إليها ، وهذا الربط خاطىء فى ذاته لأنه يستند إلى ربط القانون بالدولة مع أن الصحيح – كما قلنا – أن القانون ظاهرة اجتماعية تنشأ دون حاجة لأى سلطة ، وعليه فلا يجوز نفى الوصف القانونى بسبب عدم وجود سلطة أسمى من سلطة الدولة ، ويضاف إلى ذلك أن لقواعد القانون الدولى جزاء توقعه المنظمات الدولية عند مخالفة قواعد القانون الدولى ، ليس فى وضوح الجزاء الذى يقرره القانون الداخلى عند مخالفته ، إلا أن ذلك لا يعنى تخلف صفة القانون عنه وإنما يرجع أساسا إلى ظروف واقعية تتعلق بتوازن القوى بين الدول المختلفة فى المجتمع الدولى ، ولأن تجريد القواعد المنظمة لعلاقات المجتمع الدولى تؤدى إلى زعزعة الاستقرار فى هذا المجال وتلك من النتائج الخاطئة المترتبة على القول بمذهب أوستن لأن الضرورة تقتضى فرض الاحترام بين الدول لقواعد القانون الدولى وللمعاهدات والالتزامات الناشئة عن الاتفاقيات الدولية [2] .

---

(١) راجع فى هذا المعنى : د. توفيق حسن فرج فى المدخل للعلوم القانون ط ١٩٧٦ فقرة ٤٩ ص ٨٩ ، و د. سليمان مرقس فى محاضراته السابقة ص ١٩٣ ، و د. محمد على عرفة فى المرجع السابق ص ٧٢ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى المرجع السابق ص ٨٢ و ٨٣

(٢) راجع : د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ص ٨٣ و ٨٤ والمراجع التى أشار إليها فى ص ٨٣ هامش ٣ وعلى الأخص د. محمد حافظ غانم فى مبادىء القانون الدولى العام ط ١٩٦٧ ص ٩١ وما بعدها .

٤٩ — النقطة الثانية : مذهب كلسن
(النظرية البحتة للقانون (Theorie pure du droit [١]

أطلق كلسن على نظريته اصطلاح (القانون البحت) وهذه التسمية توحى بمنهجه فى الوصول إلى علم قانونى حقيقى لا تشوبه أى شائبة أجنبية عنه لا تتضمن المعنى الدقيق والخالص لكلمة قانون ، ويقصد بالعناصر الأجنبية التى يتعين استبعادها ، المبادىء المثالية والأخلاقية ، والعقائد السياسية ، وكافة العوامل الاجتماعية ، لأن هذه المبادىء والعوامل تدخل فى اختصاص علوم أخرى ، ولا دخل لها فى اختصاص رجل القانون البحت [٢] .

يوضح كلسن نظريته فى القانون البحت من خلال تفرقته بين القوانين الطبيعية والقوانين الوضعية ، أى بين ما هو قائم فعلا ، وما يجب أن يكون ، فالقوانين الطبيعية تخضع لفكرة السببية التى تعبر عن العلاقات القائمة والحتمية بين الظواهر الطبيعية المختلفة ، ويدخل فى نطاق ما يجب أن يكون القانون الموضوعى أو علم القانون ، لأنه يقوم على أساس الإسناد أو التكييف . أى أنه يحدد شروطا أو ظروفا معينة ويسند إليها عند تحققها نتائج بذاتها مثل الخطأ الذى يسبب الضرر للغير فإن مرتكبه يلتزم بالتعويض ، فالعلاقة بين الخطأ والتعويض ليست علاقة سببية بالمعنى المعروف فى قوانين الطبيعة ، وإنما مجرد ربط بين الشروط والنتيجة فى إطار من الإسناد فحسب [٣] .

---

(١) انظر المصادر التى أشار إليها د. حمدى عبد الرحمن فى المرجع السابق ص ٨٤ هامش ١ وراجع :

— Kelsen, A perçu d'une theorie générale de droit . Rev, Dr. Public 1926 P. 551 ets .....

(٢) د. حمدى عبد الرحمن فى المرجع السابق فقرة ٤٦ ص ٨٤

(٣) د. سليمان مرقس فى محاضراته السابقة ص ٢٢٩ وما بعدها ، و د. حمدى عبد الرحمن فى المرجع السابق ص ٨٤ و ٨٥

ويمكننا أن نبرز أسس نظرية كلسن ببيان المعالم الرئيسية لها والتى تنحصر فى ثلاث نواح :

الأولى : أنه يجرد القانون من الأفكار والمفاهيم الأخلاقية والمعتقدات الخاصة ويستبعد كافة العوامل غير القانونية ، حتى لا يختلط القانون البحت بأى منها [١] .

الثانية : أنه يصور الضوابط القانونية والنظام القانونى وفقا لنظريته فيعرفه بأنه مجموعة من الضوابط ، وتتميز الضوابط القانونية عنده على وجه العموم بشيئين : الشرعية ، والإجبار ، فالقانون يستمد شرعيته من الضابط الأعلى فى الدولة ، والنظام يكفل له الاحترام بسلطان القهر أو أو الإجبار المتمثل فى صورة جزاء يوقع عند المخالفة للضوابط الموضوعة سلفا [٢] .

والناحية الثالثة والأخيرة أنه يقول بوجود ضابط أسمى يضفى على النظام القانونى شرعيته وهو ضابط مفترض ، فإن كان القانون بمثابة هرم متدرج عند كلسن يبدأ عند قاعدته بالعقود والأحكام القضائية والأوامر الفردية ويصل عند القمة إلى القواعد الدستورية فإنه لا ينتهى عند ذلك لأن الدستور فى حد ذاته فى حاجة إلى وجود الضابط الأسمى الذى يستمد منه شرعيته ، وهذا الضابط يتمثل عنده فى قاعدة دستورية قديمة ، أو صادرة عن ثورة شعبية ، أو عن مغتصب ، فلابد فى نظره أن نسلم بوجود ضابط أسمى على سبيل الافتراض ، وهذا الضابط شكلى بحت يمنح الاختصاص إلى أول جهة تتولى وضع الدستور ، فلا يشترط

(١) راجع : — Kelsen, Theorie pure du droit. P. 49.

(٢) راجع : — Metaphysique et morale (1937) P. 125.

وجوده كحقيقة واقعة وإنما كمسلمة منطقية تحقق بها وحدة النظام القانونى الوضعى على حد تعبير كلسن[1] .

٥٠ — نقد مذهب كلسن :

إن هذا المذهب قد واجه عدة انتقادات سواء فى تصوره للنظام القانونى وأساس شرعيته ، أو تجريده للنظام القانونى من كافة الأفكار والمعتقدات الخاصة والعوامل غير القانونية .

ونوجز هذه الانتقادات فيما يلى :

١ — إن أهم مواطن الضعف فى هذا المذهب هو افتراضه لضابط أسمى يستمد منه الدستور شرعيته وتأكيده على أنه لا مناص من التسليم به كفرض منطقى ، وإن لم يقم عليه دليل علمى ، لأن كلسن أفاض فى وصف مذهبه بالواقعية والوضعية وبأنه يقوم على أساس ملموس لا تشوبه غيبيات لم يقم عليها دليل ، وإذا به عقب ذلك يضطر للقول بهذا الضابط الأعلى المفترض الذى لا وجود له من الناحية الوضعية التى شيد عليها نظريته فى القانون البحت . ولذلك ذهب نقاد هذه النظرية إلى أنها تخفى مشكلة أساس القانون ولا تضع له حلا[2] .

٢ — لقد خلط هذا المذهب عند صياغته لعنصر الإجبار بين القانون والقوة إلى حد بعيد ، ليكفل الاحترام للقانون ، وقد ترتب على الربط بين القانون والقوة اندماج القانون بالدولة ؛ ويؤدى هذا

---

(١) راجع : د. سليمان مرقس فى محاضراته السابقة ص ٢٠٧ وما بعدها ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون فقرات ٤٧ و ٤٨ و ٤٩ و ٥٠ و ٥١ ؛ والمصادر التى أشار إليها فى الهوامش وعلى الأخص هامش ١ ص ٩٢

(٢) راجع : د. سليمان مرقس فى محاضراته السابقة ص ٢٠٨ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون فقرة ٥٢ ص ٩٢ و ٩٣

الدمج إلى عدم وجود أى قانون خارج نطاق الدولة ، وهـذه النتيجة تتضمن مبدأ خطيرا يتعذر معه إلزام الدولة بالقانون ، وهذا يخالف جميع الأنظمة القانونية الوضعية فى العالم خاصة الديمقراطى منها ، حيث يقيد الدستور فيها سلطة الدولة ويلزمها باحترام الأنظمة والحقوق القائمة فى المجتمع ، وهذا إن دل على شىء فإنما يدل على أن القانون يستقل عن الدولة ولا يختلط بها [١] .

٣ — إن هذا المذهب عندما وضع ضابطا أعلى ليستمد منـه الدستور شرعيته لم يتضمن هذا الضابط أى قيد موضوعى يلتزم به الدستور الوضعى ، فكان بذلك ضابطا شكليا بصفة كاملة يضفى القوة على أى دستور أيا كان مضمونه ، بغض النظر عن منهجه الاستبدادى أو الديمقراطى . وفى ذلك ما فيه من الخطورة [٢] .

٤ — إن هذا المذهب يقوم على تجريد القانون البحت من كافة الأفكار والعوامل الاقتصادية والسياسية والمعتقدات الخاصة التى تؤثر فى نشأته وتطوره ، وهذا قد أدى إلى إغراق معيب فى الشكلية ، كما أن أى دراسة للقانون لا تستطيع أن تغفل الحقائق الاجتماعية وإلا عدت قاصرة فى منهجها ، خاطئة فيما تنتهى إليه من نتـائج ، لأن القانون لا يمكن تفسيره إلا إذا وضعنا فى اعتبارنا ما يحيط به من واقع الحقائق المـادية والفكرية السائدة فى المجتمع . بالإضافة إلى أن الواقع المتجدد لظروف الحياة الاجتماعية ، بما فيها من مشاكل ، تقتضى تدخل القاضى فيها بالحلول المناسبة عن طريق التفسير الواسع للقانون ، إذا ما اعترى القـانون قصور فى مواجهـة ذلك الواقع المتجدد ، لذلك يعد الربط بين القانون والواقع سواء عن طريق

---

(١) د. حمدى عبد الرحمن فى المرجع السابق ص ٩٣

(٢) د. سليمان مرقس فى محاضراته السابقة ص ٢١ .

المشرع الوضعى أو جهد القاضى أو الفقيه ضرورة علمية وعملية ؛ تتطلبها الحياة بحقائقها الاجتماعية المتغيرة[١] .

المطلب الثالث

المذهب المختلط [٢]

La Doctrine Mixte

٥١ — تمهيد وتقسيم :

عرضنا فيما سبق لعدة مذاهب ونظريات تبحث فى أصل القانون وجوهره ، ومن الممكن إرجاعها جميعا إلى نزعتين مختلفتين تتراوح فى الأخذ بإحداهما : النزعة الواقعية أو الاتجاه الواقعى ، والنزعة المثالية أو الاتجاه المثالى . فالاتجاه الواقعى إما أن يستند إلى عناصر من الواقع الاجتماعى تثبتها المشاهدة والتجربة ، وإما إلى واقعة وجود الدولة فحسب . ويتمثل هذا الاتجاه أساسا فى المدرسة التاريخية ، وفى نظرية

---

(١) د. سليمان مرقس المرجع السابق ص ٢٠٩ وما بعدها ، ود. حمدى عبد الرحمن المرجع السابق ص ٩٢ و ٩٣

(٢) راجع فى هذا الاتجاه : د. عبد الفتاح عبد الباقى فى نظرية القانون ط ١٩٦٦ فقرة ٣٥ مكررة ص ٧١ وما بعدها ، و د. حسن كيرة فى المدخل إلى القانون ط ١٩٧٤ فقرة ٧٠ ص ١٤٠ وما بعدها و د. مختار القاضى فى اصول القانون ط ١٩٦٧ ص ٦٩ وما بعدها ، و د. سليمان مرقس فى محاضرات فى فلسفة القانون (على الآلة الضاربة سنة ١٩٧١) ص ٢٥٦ وما بعدها ؛ و د. توفيق حسن فرج فى المدخل للعلوم القانونية ط ١٩٧٦ فقرة ٧٢ ص ١٢٥ وما بعدها ، و د. محمود جمال الدين زكى فى دروس فى مقدمة الدراسة القانونية ط ١٩٦٤ فقرة ٣٠ ص ٦٦ وما بعدها ، و د. منصور مصطفى منصور فى دروس فى المدخل لدراسة العلوم القانونية ط ١٩٧٢ فقرة ١٠٠ ص ١٨٣ وما بعدها ، و د. عبد الناصر توفيق العطار فى مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ط ١٩٧٩ فقرة ٦٤ ص ١٤٢ وما بعدها ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ فقرة ٥٣ ص ٩٤ وما بعدها .

في التضامن الاجتماعي Duguit • وأما الاتجاه المثالي فإنه يقوم على إعمال العقل للكشف عن المثل الأعلى لمـا ينبغي أو يجب أن يكون عليه القـانون ، ويتمثل هذا الاتجـاه بصفة أساسية في مذهب القـانون الطبيعي [1] •

ونخلص من كل ما تقدم إلى أن الغلو والإسراف في تصور أساس القانون وجوهره هما طابع فقه كل من الاتجاهين المتعارضين : الاتجاه الواقعي ، والاتجاه المثالي • ومرد هذا الغلو والاسراف ، قصر كل اتجاه منهما النظر إلى ناحية دون أخرى ، في حين أنه ينبغي منهما عند تصورهما لأساس وجوهر القانون أن ينظرا إلى الناحيتين جميعا دون الاقتصار على ناحية دون أخرى • لأن الإنسان يتكون من مادة وروح ، وينبغي أن تخضع القاعدة القانونية التي تحكم سلوك هذا الإنسان في المجتمع وهي في مرحلة تكوينها ، لعنصرين هما : الواقع الملموس في الحياة الاجتماعية عن طريق المشاهدة والتجربة ، وفرض الواجب في شأن هذا الواقع وفق ما يمليه العقل من غاية أو مثل أعلى • فتكوين القاعدة القانونية عمل علمي وعقلي في آن واحد [2] •

ويرى أغلب فقهاء القانون اليوم ضرورة الجمع بين الاتجـاهين (الواقعي والمثالي) في تكوين جوهر القاعدة القانونية . فيجمعون بين فقه المدرسة المثالية ، وفقه المدرسة الواقعية • وقد بدأ السير في هـذا الاتجاه وأرسى دعائمه الفقيه الفرنسي الكبير فرنسوا جيني Gény ، ثم تبعه

---

(١) انظر : د. عبد الفتاح عبد الباقي في المرجع السابق فقرة ٣٥ مكررة ص ٧١ وما بعدها ، و د. حسن كيرة في المرجع السابق فقرة ٧٠ ص ١٤٠ ، و د. حمدي عبد الرحمن في المرجع السـابق فقـرة ٥٣ ص ٩٤ و ٩٥ ، و د. عبد الناصر العطار في المرجع السابق فقرة ٦٤ ص ١٤٢ و ١٤٣

(٢) د. حسن كيرة المرجع السابق ص ١٤٠ و ١٤١ ، د. حمـدي عبد الرحمن المرجع السابق ص ٩٥

الفقه الحديث على نفس الدرب بنظريات مختلطة تحاول الجمع بين حقائق الواقع والمثال مع خلاف يسير فى التفصيل والتقسيم ، فرد أساس القانون وجوهره إلى عنصر واقعى وعنصر مثالى [1] .

وهذا يقتضى أن نقسم الكلام فى هذا المطلب إلى فرعين :

الفرع الأول : فى نظرية العلم والصياغة عند جينى .

والفرع الثانى : فى نظرية الواقع والمثل الأعلى فى الفلسفة الحديثة للقانون .

الفرع الأول

نظرية العلم والصياغة عند جينى

٥٢ ــ معالم النظرية :

لقد حاول جينى ــ كما أسلفنا ــ التوفيق بين المذاهب المختلفة فى تأصيل أساس القانون وتحديد جوهره ، فأسفر تحليله عن نظرية سميت بنظرية العلم والصياغة ، ومن أبرز معالم هذه النظرية تفرقتها وهى بصدد تكوين القاعدة القانونية بين الجوهر والشكل ، فالجوهر أو المادة الأولية هو ما يتكون من حقائق الحياة الاجتماعية طبقا لمثل أعلى ، ووسيلة الكشف عنه هو العلم La Science ، والشكل أو البناء Construit

(١) يقرر الاستاذ Gény فى مؤلفه القيم عن (العلم والصياغة فى القانون الخاص الوضعى)
Science et technique en droit privé positif
انه لا يبتدع نظرية جديدة ، كما انه لا يملك صياغة سحرية لحل مشكلة اساس القانون وجوهره ، ولذلك فانه يكتفى بالوصول إلى صياغة توفيقية لبعض عناصر النظريات المختلفة التى يقرر سلامتها ، ليقيم منها بناء متناسقا . انظر فى ذلك بتوسع : د. مختار القاضى فى اصول القانون ط ١٩٦٧ ص ٦٩ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ ص ٦٥

هو الصورة أو الهيئة التى تبرز فيها القاعدة القانونية لكى تكون قابلة للتطبيق فى نطاق العمل وتسمى بالصناعة أو الصياغة La téchnique ، وقد رسخت هذه التفرقة بين الجوهر والشكل أو بين العلم والصياغة حتى أصبحت من معالم هذه النظرية ، وصارت اليوم من الأسس التقليدية المسلمة فى فقه أصول القانون [١].

٥٣ — مكونات العلم بجوهر القانون عند « جينى » [٢] :

يرى جينى أن القانون لا يستمد وجوده وكيانه من عنصر واحد بل يستمدها من عناصر متداخلة ينتج من مجموعها ما يسميه العلم أو المادة الأولية التى يتكون منها القانون ، وهذه العناصر تتمثل فى حقائق أربع هى : الحقائق الواقعية أو الطبيعية ، والحقائق التاريخية ، والحقائق العقلية ، والحقائق المثالية [٣].

---

(١) راجع : د. حسن كيرة فى المدخل إلى القانون ط ١٩٧٤ فقرة ٧١ ص ١٤١ وما بعدها ، و د. عبد الفتاح عبد الباقى فى نظرية القانون ط ١٩٦٦ ص ٧٢ ، و د. مختار القاضى فى أصول القانون ط ١٩٦٧ ص ٦٩ ، و د. عبد الناصر العطار فى مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ط ١٩٧٩ فقرة ٦٤ ص ١٤٢ وما بعدها ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ فقرة ٥٣ ص ٩٤ وما بعدها .

(٢) لقد فصل Gény نظريته فى مؤلفه (Science et technique en droit privé positif) العلم والصياغة فى القانون الخاص الوضعى ، وهو مؤلف من أربعة اجزاء صدر فى خلال الفترة من ١٩١٥ إلى ١٩٢٤ وقد عرض جينى نظريته فى الجزء الثانى .

(٣) انظر فى هذا المعنى : د. حسن كيرة فى المرجع السابق ص ١٤٢ وما بعدها ، و د. عبد الفتاح عبد الباقى فى المرجع السابق ص ٧٢ وما بعدها ، و د. مختار القاضى ص ٦٩ وما بعدها ، و د. منصور مصطفى منصور فى دروس فى المدخل لدراسة العلوم القانونية ط ١٩٧٢ ص ١٨٣ وما بعدها ، و د. عبد الناصر العطار فى المرجع السابق ص ١٤٢ وما بعدها ، و د. حمدى عبد الرحمن فى المرجع السابق ص ٩٥ وما بعدها .

اولا — الحقائق اوالقعية أو الطبيعية :
. données réelles ou naturelles

هى تلك الحقائق التى تتمثل فى الظروف الطبيعية بالمعنى الدقيق ، والتى تكتنف حياة الناس فى المجتمع ، سواء أكانت هذه الظروف مادية كظروف المناخ والبيئة والتكوين العضوى أو الجسمى للإنسان . أم معنوية كالنزعات الأخلاقية والمشاعر الدينية ، والحالات النفسية للناس ، وقد تكون مجرد ظروف اقتصادية أو قوى سياسية أو اجتماعية أو غيرها من الظواهر التى يعيش فيها الانسان [1] . وهذه الحقائق الواقعية لا تكون بذاتها القواعد القانونية ، بطريق مباشر ولكنها تؤثر فى تكوينها ونشوئها تأثيرا كبيرا ، فهى التى ترسم حدودها وتعيّن نطاقها ، لأنها مجرد حقائق أولية من اللازم إدخالها فى الاعتبار عند تكوين القاعدة القانونية التى تجىء لتحكم العلاقات القانونية بين الأفراد ، وهذه العلاقات تأتى وليدة للظروف التى تسود المجتمع [2] .

ويضرب جينى مثلا لتأثير الحقائق الطبيعية فى نشوء القاعدة القانونية ، فيقول : إن وجود جنسين مختلفين من الناس هما الذكر والأنثى أدى إلى قيام ارتباط بينهما من نوع خاص ، هذه الحقيقة الواقعية انبثق منها نظام الزواج ، ولكنها بمفردها لا تستطيع تحديد قواعده ، وإنما هى على الأقل تبين فكرته وتوضح فى جلاء أن الارتباط بالزواج أيا كانت القواعد التى تحكمه لا يمكن أن يوجد بطبيعته السوية بين كائنين من جنس واحد — فلا يتم بين ذكر وآخر أو أنثى وأخرى ، كما

---

(١) Gény, science et technique en droit privé positif II, No. 167, P. 372, et P. 373.

(٢) انظر : د. حسن كيرة فى المرجع السابق فقرة ٧٢ ص ١٤٢ ، و د. عبد الفتاح عبد الباقى فى المرجع السابق ص ٧٣ ، و د. مختار القاضى فى المرجع السابق ص ٦٩ وما بعدها ، و د. عبد الناصر العطار فى المرجع السابق ص ١٤٣ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى المرجع السابق فقرة ٥٤ ص٦٦

أن طبيعة اختلاف الجنسين أدت بنا إلى وجوب التفرقة بين وسائل إثبات بنوة الابن من أمه وهى مسألة تنتابها السرية ــ ويحيط بها الغموض ولا يعلمها بصورة قطعية إلا الخالق جل فى علاه ــ وكذلك الاختلافات العضوية أو النفسية بين الذكر والأنثى تؤدى إلى التسليم باختلافهما فى المركز القانونى وهو اختلاف يؤثر فى صلاحيتهما لاكتساب بعض الحقوق أو أداء بعض الواجبات ــ فعلى الرجل مثلا النفقة وعلى المرأة الارضاع ــ وتسهم فى هذا الاختلاف كذلك الظروف الاقتصادية والسياسية للبيئة الاجتماعية بصورة تعمل على توسيعه أو تضييقه وفق نظام المجتمع [١] .

وهذه الحقائق الطبيعية ــ السابقة ــ يمكن إدراكها عن طريق المشاهدة والتجربة فهى تخضع لطرق المعرفة الواقعية اليقينية ، ولذلك فهى حقائق علمية بكل ما فى الكلمة من معنى مما يجعلها شرطا أساسيا وجوهريا لتكوين القاعدة القانونية ، وإن كانت لا تستقل وحدها بهذا التكوين بل تشاركها حقائق أخرى تساهم فيه مساهمة فعالة لا غنى عنها [٢] .

ثانيا ــ الحقائق التاريخية : (Données historiques)

يقصد بها ما تمثل فى السوابق التاريخية من حقائق ، أى القواعد التى تكونت فى الماضى على مر الزمن ووصلت إلينا عبر الأجيال ، مما أكسبها صلابة وقوة واحتراما جعلت منها تراثا مكتسبا فى إرساء النظم ولا يمكن التغاضى عنه أو إغفاله فى تكوين القانون [٣] . وهذا التراث

---

(١) راجع : د. عبد الفتاح عبد الباقى فى المرجع السابق ص ٧٣ ، و د. حسن كيرة فى المرجع السابق ص ١٤٢ وما بعدها ، و د. مختار القاضى فى المرجع السابق ص ٧٠ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى المرجع السابق ص ٩٦

(٢) Gény, science et technique en droit privé positif, I. II, No. 161, P. 371.

(٣) د. عبد الفتاح عبد الباقى المرجع السابق ص ٧٣ ، د. حسن كيرة المرجع السابق ص ١٤٣ و ١٤٤

التاريخى من النظم القانونية لا يتكون من عناصر مادية أولية أو سلبية ، كما تتكون الحقائق الواقعية ، بل يتضمن قواعد تكونت عبر الأجيال وأصبحت جاهزة وصالحة لتوجيه نشاط الأفراد فى المجتمع لتحقيق الثبات والاستقرار للقاعدة القانونية باعتبارها ثمرة تجارب الماضى ، وإذا لم يكن من شأن تلك الحقائق التاريخية أن تمنع التطور عن القواعد القانونية ، إلا أنها تجعل هذا التطور يتم فى ضوئها وعلى هدى تجربتها الطويلة ، الأمر الذى يباعد بين هذه القواعد القانونية وبين الطفرة والاندفاع أو التهور ، ويجعلها تتم على صورة يتصل فيها الحاضر بالماضى .

وإذا عرضنا لارتباط الجنسين مثلا فإنه يتبين لنا من استقراء الحقائق التاريخية وحدها أن الزواج كان يبدو فى شكل نظام محكم الشروط والآثار على اختلاف فى ذلك بين الدول عبر الزمان وحسب المكان ، وكان يخضع لرقابة سلطة اجتماعية دينية كانت أو مدنية تصبغ عليه صفة الشرعية ، فمثل هذا النظام يبدو نتيجة واضحة لمفعول الزمن الذى يضفى على الطبيعة تأثيره وإذا أضيف إلى الحقائق الواقعية يكسبها قوة وهيبة واستقراراً إلى حد ما [١] .

وتعد الحقائق التاريخية ـ بناء على ما سبق ـ حقائق علمية بالمعنى الصحيح ، لأن التاريخ ليس سوى التجربة التى مرت بها الانسانية عبر أجيال عديدة والتى يمكن التعرف عليها من خلال التسجيل التاريخى بمجرد المشاهدة والتى يترتب على الأخذ بها تحقيق التوازن بين استقرار القاعدة القانونية وضرورة تطورها [٢] .

---

(١) انظر : د. عبد الفتاح عبد الباقى فى المرجع السابق ص ٧٣ وما بعدها ، و د. حسن كيرة فى المرجع السابق ص ١٤٣ و ١٤٤ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون فقرة ٥٥ ص ٩٧

(٢) د. حسن كيرة المرجع السابق ص ١٤٤ ، د. مختار القاضى المرجع السابق ص ٧٠

ثالثا — الحقائق العقلية . données rationnelles

تتمثل هذه الحقائق العقلية فى مجموعة من القواعد والمبادىء التى يستخلصها العقل من المعطيات الواقعية والتاريخية لتحقيق غاية القانون . فهى حقائق يستنتجها الإنسان بعقله من طبيعة البشر ومن ظروف الحياة من خلال احتكاكه بالعالم الذى يعيش فيه[١] . وهى حقائق تفرض على العقل أو الذهن وتوافق مقتضيات الأشياء فهى محتومة وعالمية ثابتة . وهى تمثل الموجه الرئيسى فى الإعداد العلمى للقانون ، إذ أن الحقائق الواقعية والتاريخية تكون كالمادة الأولية الغفل تحتاج إلى عرض نتائجها على العقل لصقلها وتهذيبها ، ولذا فإن الحقائق العقلية تلتقى مع المضمون الرئيسى لفكرة القانون الطبيعى كما استخلصها الرومان بذات صفاتها الخاصة والمعترف بها من ثبات وعالمية وخلود ، ولكن (جينى) يفضل تسمية الحقائق التى تتمتع بهذه الصفات بالحقائق الفعلية منعا لما قد يثيره تسميتها بالقانون الطبيعى من خلط فى الأذهان ولأن العقل هو الأداة التى استخلصت واستنتجت هذه الحقائق بعد تمحيص وتدقيق فى حقائق الواقع والتاريخ لتوجيه سلوك الأفراد فى المجتمع[٢] .

فمثلا نظام الزواج يقصد به الدوام والاستقرار وتكوين أسرة ، وهذا أمر طبيعى تفرضه الطبيعة البشرية للإنسان فالحقائق العقلية لا تجاوز مثل هذا القدر الضرورى والذى يعد بمثابة الحد الأدنى لما يفرضه العقل بشأن فكرة الزواج ، فلا تدخل فيها مثلا فكرة وحدة الزوجة ولا أبدية الزواج وعدم قابليته للانفصال حتى الموت ، ولا تحريم الزواج

---

(١) د. عبد الناصر العطار المرجع السابق ص ١٤٤ ، د. عبد الفتاح عبد الباقى المرجع السابق ص ٧٤

(٢) انظر : د. حسن كيرة فى المرجع السابق فقرة ٧٤ ص ١٤٥ وما بعدها ، و د. مختار القاضى فى المرجع السابق ص ٧١ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى المرجع السابق فقرة ٥٦ ص ٩٧ وما بعدها .

ببعض الأقارب من غير الأصول والفروع ، مع أن بعض هذه الأفكار ينبغي أن توضع فى الاعتبار عند وضع القواعد القانونية المتعلقة بروابط الزواج لأنها تصدر عن سمو فى التفكير الأخلاقى ، إلا أنها تظل دائما فى نطاق المثل العليا . مما يتعذر معه ادماجها ضمن الحقائق العقلية بمعناها الدقيق ، لأن الحقائق العقلية تقتصر على النطاق العقلى الصرف فلا تتضمن سوى النتائج التى يستخلصها العقل بصورة قاطعة من طبيعة الإنسان وطبيعة الحياة فى المجتمع [1] .

رابعا — الحقائق المثالية données idéales

هى كل ما يطمح إليه الإنسان من آمال وقيم رفيعة يترتب على إعمالها تحقيق التقدم المطرد للقانون والسمو به نحو الكمال . لأن هناك جملة اعتبارات تقع خارج نطاق التنظيم القانونى الذى تفرضه الحقائق الواقعية أو العقلية المستنيرة بحقائق التاريخ وتجاربه على مر العصور ، وهى الاعتبارات المادية أو النفسية أو الخلقية أو الدينية أو الاقتصادية أو السياسية ، التى لا تحدد بشكل ملموس قواعد جديدة للسلوك الاجتماعى بل تتضمن بعض الاتجاهات والنزعات المثالية أو الكمالية لنظام القانونى والعلاقات القانونية . فهى حقائق مثالية خالصة لا تعبر عن الواقع المحسوس ، ولا عن الحقائق العقلية الضرورية ، ولا عن أى تراث تاريخى مكتسب ، لأنها تعبر فقط عن مجرد الرغبة فى التقدم والسمو بالقانون نحو الكمال ، وهى لا تأتى إلينا عن طريق المشاهدة والتجربة وإنما تأتى من جهة العاطفة أو الإيمان ، لأنها محض مثال أو مثل أعلى

---

(١) راجع : جينى فى مؤلفه — السابق — العلم والصياغة فى القانون الخاص الوضعى ط ١٩٢٧ فقرة ١٦٩ ص ٣٨١ و ٣٨٢ ، و د. حسن كيرة فى المدخل إلى القانون ص ١٤٦ ، و د. عبد الفتاح عبد الباقى فى نظرية القانون ط ١٩٦٦ ص ٧٤ ، و د. مختار القاضى فى أصول القانون ط ١٩٦٧ ص ٧١ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ص ٩٨ و ٩٩

يضعه الإنسان نصب عينيه عندما يقتضى الأمر تعديلا فى الحقائق الطبيعية أو التاريخية أو العقلية التى تميل إلى الجمود أو الثبات [١].

ومن أمثلة الحقائق المثالية التى تتأثر بالظروف الاجتماعية والدينية والاقتصادية والسياسية التى تسود كل بلد والتى تجعل هذه الحقائق متغيرة فى الزمان والمكان ، نظام الزواج على ضوء ما يقول به (جينى) حيث نجد أن نزعة السمو به – فى نظره – تختلف بين مبدأ وحدة الزوجة أو تعددها ، وبين أبدية الزواج وامكان انحلاله بالطلاق . فالعقل البشرى لا يفرض علينا الأخذ بمبدأ معين من هذه المبادىء على سبيل الحتم ، ولكن الذى يجعلنا نفاضل بينها ونأخذ بما نراه أصلح هو رغبتنا فى السمو بنظام الزواج بحيث نمضى فيه على هدى من ظروفنا وما يحيط بنا من واقع الحياة من قيم . فإذا ما قامت القواعد القانونية بتقرير شىء مما سلف فى صدد نظام الزواج فهى تأخذ بالحقائق المثالية لا العقلية [٢] .

تلك هى الحقائق الأربع التى يتكون منها جوهر القانون كعلم وفق ما يراه (جينى) . وهى حقائق مترابطة لم يعمد (جينى) إلى الفصل بينها إلا رغبة فى تيسير إظهارها والتعريف بها [٣].

---

(١) راجع : د. حسن كيرة فى المرجع السابق فقرة ٧٥ ص ١٤٧ ، و د. عبد الفتاح عبد الباقى فى المرجع السابق ص ٧٤ ، و د. مختار القاضى فى المرجع السابق ص ٧١ ، و د. محمود جمال الدين زكى فى المرجع السابق فقرة ٣٤ ص ٧٠ و د. عبد الناصر العطار فى المرجع السابق ص ١٤٤ وما بعدها .

(٢) انظر : د. حسن كيرة فى المرجع السابق ص ١٤٧ وما بعدها ، و د. عبد الفتاح عبد الباقى فى المرجع السابق ص ٧٤ وما بعدها ، و د. عبد الناصر العطار فى المرجع السابق ص ١٤٤ وما بعدها ، و د. مختار القاضى فى المرجع السابق ص ٧١

(٣) د. عبد الفتاح عبد الباقى فى المرجع السابق ص ٧٥

ويغلب جينى الحقائق العقلية على غيرها من الحقائق الأخرى لأنها تلعب الدور الأهم فى نشوء القواعد القانونية . فنشوء هذه القواعد هو عمل عقلى يتم متأثرا بالظروف الطبيعية على هدى تجارب الماضى وينزع بالمجتمع إلى السمو والكمال [١]

٥٤ – دور الصياغة فى نشأة القانون عند جينى :

إن الصياغة هى القالب الذى تفرغ فيه المادة القانونية ، فالحقائق الواقعية والتاريخية والعقلية والمثالية كلها تعد بمثابة المادة الأولية لتكوين القواعد القانونية ، ومهما أوتيت تلك الحقائق من القوة والفعالية فإنها لا تقدم لنا فى مجال إنشاء النظام القانونى الوضعى سوى مبادىء عامة مبهمة لا يمكن أن يستخلص منها فى بعض الحالات سوى بعض الإطارات العامة الخاوية من المضمون . لذلك يتعين علينا فى هذا الصدد أن نثرى ونكمل كل ما أمكننا الوصول إليه من نتائج عن طريق التدخل الحاسم لنشاطنا الإرادى فى صورة صياغة أو قالب قانونى نصب فيه تلك المادة

---

(١) وفى حدود هذا المعنى تدخل المعطيات المثالية كأداة لا يمكن اغفالها او تجاهل اثرها فى تطوير القانون ، فمثلا نجد ان العقل يقضى بأن مناط التعويض عن الضرر هو وجود خطأ قد وقع بالفعل من جانب من تسبب فى هذا الضرر . ولكن هذه الحقيقة إذا تركت على اطلاقها قد تؤدى إلى بعض النتائج الظالمة . فقد كثرت حوادث إصابات العمال بسبب انتشار الصناعة واستعمال الآلات الحديثة فيها ، وكان يتعذر على العمال غالبا أن يثبتوا الخطأ فى جانب صاحب العمل أو رب المصنع . ويترك العامل المصاب عمله دون اى تعويض عما لحقه من ضرر الإصابة . وهنا تدخلت نزعة العصر المثالية لتجعل من توزيع المخاطر مبدأ يقوم على أساس من تعاون الجميع فى الحياة الاجتماعية ، لكى يتم التخفيف من وطأة تلك النتيجة الظالمة وذلك بضمان حصول العمال على تعويض عن إصاباتهم ، دون ضرورة ثبوت خطأ فى جانب رب العمل .

راجع : جينى فى المرجع السابق فقرة ١٧١ ص ٣٨٨ ، و د. حسن كيرة فى المرجع السابق فقرة ٧٦ ص ١٤٩ وهامش ١ ، و د. عبد الفتاح عبد الباقى فى المرجع السابق ص ٧٥

الأولية المستفادة من الحقائق المختلفة لنجعلها صالحة للتطبيق فى حياتنا دون عوائق [١] .

ويميز جينى بين نوعين من الصياغة : الصياغة المادية ، والصياغة المعنوية . فالصياغة المادية procédé pratique ou matériel وهى تتمثل فى وضع الكم مكان الكيف مثل الاستدلال على حالة الرشد ببلوغ سن معينة (٢١ عاما ميلاديا) لأنه لا يمكن تحديد الرشد من عدمه إلا بمعرفة مدى التمييز لدى الشخص وهذا التمييز مسألة يشوبها الغموض فرأى المشرع الوضعى أن يضع بدلا من التمييز رقما معينا ليعد مقياسا ماديا ظاهرا يدل على بلوغ سن الرشد ، وبذلك يقال إن المشرع الوضعى قد أبدل حالة معينة (حالة التمييز) برقم معين . وتتمثل الصياغة المادية أيضا فى الشكل نظرا لأهمية العقد كما فى الزواج والتنازل عن التركة والرهن التأمينى وغير ذلك ، وتتمثل الصياغة كذلك فى التقسيم تلافيا لنخلط فمثلا تحديد الحقوق العينية وتمييزها عن الحقوق الشخصية ، ووضع أحكام وضوابط للعقود المسماة يؤدى دائما إلى عدم الخلط فى الحقوق أو العقود وتلك من مقاصد المشرع الوضعى [٢] .

أما الصياغة المعنوية procédé intellectuel فتتمثل فى استعمال الفروض أو الحيل القانونية مثال ذلك احترام القانون للأوضاع الثابتة بحكم الأصل واعفاء من تقررت هذه الأوضاع لمصلحته من عبء إثباتها . فقرر القانون أن الحيازة فى المنقول سند الملكية . لأن الحائز غالبا ما يكون هو المالك لما تحت يده ، فاحترم القانون بذلك الوضع السائد بحكم الأصل ، حتى لا ينتهى الأمر إلى ارهاق الملاك باثبات مصدر حيازتهم دون مقتض إلا مجرد الادعاء من الخصوم وربما يكون هؤلاء الخصوم

---

(١) د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ فقرة ٥٩ ص ١٠٢

(٢) د. مختار القاضى فى أصول القانون ط ١٩٦٧ ص ٧١ — ص ٧٣

أدعياء حق بلا سند • فيؤدى إثبات الملاك لحيازتهم لدحض أى ادعاء إلى إرهاقهم إرهاقا شديدا ، فراعى المشرع الوضعى ذلك • والأمر كذلك بالنسبة لترتيب وسائل الإثبات ، فالقرائن القانونية حيلة مفترضة لنقل عبء الإثبات من شخص إلى آخر عند العجز عن تقديم وسيلة أخرى للاثبات ، وقد اتخذ المشرع الوضعى طائفة من الحيل تتفاوت أهميتها وقوتها ليتمكن بمقتضاها من الوصول إلى الحقيقة بقدر الامكان • وتتمثل الصياغة المعنوية أيضا فى استعمال وسائل القياس ، مثل قياس الشخصية المعنوية على الشخصية الطبيعية ، والملكية الأدبية على الملكية المادية ، وذلك عندما يريد المشرع الوضعى أن يجعل حكما من الأحكام فى مسألة معينة يمتد إلى مسألة شبيهة بها [١] •

وقد أورد الأستاذ جينى العديد من صور التنازع بين العلم والصياغة ولكن أوجب خضوعها — الصياغة — للعلم وتبعيتها له ، فغلب بذلك العلم على الصياغة عند تعثرها أو عجزها عن الإحاطة تماما بالمادة المراد صياغتها أو تعارضها مع أى مفهوم علمى وفق المعيار الذى وضعه جينى فى نظريته السالفة[٢] •

٥٥ — تقدير نظرية جينى :

إذا كان لهذه النظرية من فضل فإنه يتمثل فى مزجها بين النظريات التى سبق لنا عرضها من قبل ، لأن القانون يتأثر بالضرورة بسوابق الماضى وتجاربه ، والعقل يمحّص كل هذا بجهد لا يمكن إنكاره لأن القانون من صنع الإنسان • ومن الطبيعى أن الإنسان يصنع قانونه فى إطار الظروف الواقعية التى تحيط به وتؤثر فيه ، ويهتدى فى عمله هذا

(١) د. مختار القاضى فى المرجع السابق ص ٧٣ — ص ٧٥

(٢) راجع فى تفصيل ذلك الأستاذ جينى فى العلم والصياغة فى القانون الخاص الوضعى ج ٤ ص ٥٩

بتجارب الماضى ، ويرمى من وراء ذلك إلى سمو المجتمع وكماله .
وبذلك تنزهت نظرية جينى عن التطرف الذى انزلقت إليه غيرها من النظريات التى غرقت فى لجة المغالاة وتيارات الإسراف فى الأخذ بنوع أو آخر من الحقائق التى أقام عليها جينى نظريته التى تتمثل فى إقامة القانون على الواقعية والعقلية معا ، فسلم بهذا مما وقع غيره فيه [١] .

بيد أن نظرية جينى قد أخذ عليها عدة ملاحظات تعيبها منها :

١ — صعوبة التفرقة بين الحقائق الواقعية والحقائق التاريخية ، لأن من الحقائق الواقعية ما أمكن اكتسابه على مر العصور بجهود مضنية بذلتها الجماعة ، ومع ذلك فإنه يدخل فى الحقائق التاريخية [٢] .

٢ — صعوبة التفرقة بين الحقائق العقلية والحقائق المثالية لأن العقل كلما نضج وارتقى سعى إلى الكمال ، ومن الحقائق العقلية ما نجده بمثابة حقائق مثالية عند بعض الشعوب أو الجماعات التى لم تبلغ حدا يمكنها من إرجاع هذه الحقائق إلى أصولها المشيدة على المنطق والقواعد العقلية [٣] .

٣ — تقول هذه النظرية بوجود حقائق عقلية تفرض وجودها على عقل الإنسان وتسلم لهذه الحقائق بدور غالب فى تكوين القانون سائرة فى

---

(١) د. عبد الفتاح عبد الباقى فى نظرية القانون ط ١٩٦٦ فقرة ٣٥ مكرر ٦ ص ٥

(٢) د. حسن كيرة فى المدخل إلى القانون ط ١٩٧٤ فقرة ٧٧ ص ١٠٥ ، و د. مختار القاضى فى أصول القانون ط ١٩٦٧ ص ٧٥ ، و د. عبد الناصر العطار فى مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ط ١٩٧٩ ص١٤٥

(٣) د. حسن كيرة فى المرجع السابق ص ١٥١ ، و د. عبد الناصر العطار فى المرجع السابق ص ١٤٥

ذلك على نهج نظرية القانون الطبيعي . وكأن هذه النظرية ترسم لنا ما ينبغي أن يكون عليه أصل القانون وما يجب على المشرع الوضعي أن يفعله وهو بصدد وضع قاعدة قانونية فهي تلزمه بأن يستمدها من تلك الحقائق التي تفرض وجودها على العقل ، مع أنه وإن كان للعقل دور في تكوين قواعد القانون الوضعي — كما يقول جيني — إلا أنه لا يخضع لحقائق مفروضة عليه حتما لأن دوره يقتصر على ما يراه هو كفيلا بتقدم المجتمع ورقيه فيضع القواعد القانونية في إطار ذلك ، فالقانون إذن لا يتأثر بصورة قاطعة بما يطلق عليه (جيني) اصطلاح الحقائق العقلية ، وإن كان يتأثر في تشوئه بما يسمى بالحقائق المثالية ، وقد تكون نظرية جيني أقرب إلى الإنسان لو أنه أدخل العامل المثالي ضمن الصياغة الفنية وأخرجه من نطاق العلم بالقانون [1] .

الفرع الثاني

نظرية الواقع والمثل الأعلى في الفلسفة الحديثة للقانون

٥٦ — ضرورة استناد القاعدة القانونية إلى الواقع والمثال معا :

لقد اتجهت الفلسفة الحديثة للقانون إلى أن القاعدة القانونية تستمد وجودها من عنصرين هما : عنصر الواقع ويضم الحقائق العلميـــة التي تخضع للمشاهدة والتجربة ، وهي — على ضوء ما سبق ذكره — الحقائق الواقعية أو الطبيعية والحقائق التاريخية ، وعنصر المثل الأعلى وهو العدل الذي تكشف عنه الحقائق العقلية والحقائق المثالية — كما سلف — والقانون

(١) راجع : د. عبد الفتاح عبد الباقي في المرجع السابق ص ٧٥ و ٧٦، و د. حسن كيرة فقرة ٧٧ ص ١٥٠ ، و د. مختار القاضي في المرجع السابق ص ٧٥ ، و د. عبد الناصر العطار في المرجع السابق ص ١٤٥

عندما يقرر الواقع معتمدا على الحقائق المادية التى تخضع للمشاهدة والتجربة يكون علما ، وعندما يوجه هذا الواقع بالعقل إلى العدل يكون فنا لأنه ينزع به إلى مثل أعلى يحقق له السمو والكمال . فالحقائق العلمية التجريبية والحقائق العقلية التفكيرية تعبران عن طبيعة القاعدة القانونية ووظيفتها ، ولا يمكننا توضيح ذلك إلا ببيان مكونات عنصر الواقع ثم عنصر المثل الأعلى أو ما يسمى بالعلم والفن [١] .

٥٧ – أولا : مكونات عنصر الواقع :

إن هذا العنصر المرتبط بالواقع يساعد المشرع الوضعى على تعرف الحقائق التى يتكون منها جوهر القاعدة القانونية سواء أكانت تدعم القانون وتسانده أم تعارضه فتعدله أو تتصدى له . وهذه الحقائق المتصلة بعنصر الواقع يمكن ردها إلى عوامل كثيرة ومتعددة أهمها :

(أ) العوامل الطبيعية (les facteurs naturels) :

هى تلك العوامل التى تتصل بالطبيعة من حيث البيئة والمناخ وموقع الإقليم إذا كان مثلا فى ملتقى عدة دول ازدهرت فيه التجارة وظفر فيه القانون التجارى البحرى بحظ عظيم ، ووقائع الحياة والموت وما يترتب عليهما من اكتساب للاسم واللقب والجنسية ، فى حالة الميلاد أو تنظيم لقواعد الإرث والوصية فى حالة الوفاة [٢] .

(ب) العوامل الدينية والأخلاقية (les facteurs religieux et moraux)

يقصد بذلك التيارات الدينية والأخلاقية السائدة فى الجماعة ، فإنه

---

(١) د. حسن كيرة فى المرجع السابق فقرة ٧٧ ص ١٥٠ وما بعدها ؛ د. عبد الناصر العطار فى المرجع السابق فقرة ٦٥ ص ١٤٥

(٢) د. حسن كيرة فى المرجع السابق فقرة ٧٩ ص ١٥٣ ، و د. عبد الناصر العطار فى المرجع السابق ص ١٤٦ ، و د. توفيق حسن فرج فى المدخل للعلوم القانونية ط ١٩٧٦ فقرة ٧٨ ص ١٣٢

لا يمكن إغفال أثرها فى النفوس وفى القلوب وعلى السلوك ، فإذا كانت الدول الشيوعية تتنكر للدين والدول الرأسمالية الغربية تتخفف منه ، فإن لهما تقاليدهما الأخلاقية ومثلهما المتصلة ببعض العادات والتقاليد كتحريم الطلاق أو الارتباط بأكثر من زوجة ، أما العامل الدينى فى الدول الاسلامية ــ العربية والأعجمية ــ فله فعل السحر فى السلوك الإنسانى وله مقاليد الحكم والسيطرة بصورة شاملة فى إطار أحكام الأسرة وبعض العقود ، والأمل كبير فى أن يقيض الله للمسلمين من يحكم فيهم هــذه الشريعة الغراء التى لها أكبر الأثر فى نفوس كل من يسعد بالرعوية الإسلامية وإن تيارها الجــارف أثر وما زال يؤثر فى العديد من البلاد الإسلامية وسيظل على ذلك إن شاء الله إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها [١] .

(جـ) العوامل الاقتصادية (les facteurs économiques) :

إن هذه العوامل تعتبر من أهم حقائق الحياة فى الجماعة ، وينبغى الإحاطة بها عند وضع القواعد القانونية ، فقانون العرض والطلب له تأثيره غير المنكور على الحياة فى نطاق الملكية وأسباب المعيشة ، ويترتب على انتشار نشاط معين ظهور قوانين تحكمه وتنظمه ، كالحماية الجمركية ، وقوانين التأمين ، والزراعة والصناعة والعمل .. الخ ، وإذا كان للعوامل الاقتصادية أثرها فى القانون ، فإن القانون أثر أيضا فى الاقتصاد عن طريق توجيهه إلى الرأسمالية أو الاشتراكية باطلاق الملكية أو تحديدها ، وبفرض الضرائب التصاعدية على رءوس الأموال أو تخفيضها .. الخ [٢] .

---

(١) د. حسن كيرة فقرة ٨٢ ص ١٥٧ ، د. عبد الناصر العطار ص ١٤٦

(٢) راجع : د. محمود السقا فى تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ط ١٩٧٠ ص ٢٩ وما بعدها ، و د. عبد الناصر العطار فى الوجيز فى تاريخ القانون ط ١٩٧٠ ص ١٤٤ وما بعدها ، وفى مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ص ١٤٦

(د) العوامل السياسية والاجتماعية
(les facteurs politiques et sociaux) :

يقصد بذلك الأفكار السياسية والاجتماعية السائدة فى المجتمعات بغض النظر عن قيمتها ، فنحن ما زلنا فى مقام تسجيل الواقع لا فى مجال تقويمه ، ولذلك فإن معرفة ما يوجد على الصعيد السياسى والاجتماعى فى أى بلد هى معرفة تجريبية بحتة تقوم على المشاهدة . وأثر هذه المعرفة يظهر فى نشأة القانون وتطوره ، فالدولة الملكية تتجه فى تنظيمها القانونى إلى حماية النظام الملكى وتضع ضوابط الوراثة وانتقال العرش ، والدولة الجمهورية تتجه فى قوانينها إلى حماية نظامها . وللأوضاع الاجتماعية كذلك أثرها فى القانون وتطوره ، فالأفكار الاجتماعية التى سادت قديما حمت الرق وقننته وجعلت من الناس طائفتين ، أحرار ورقيق ، كما أوجدت الأفكار السائدة فى القرون الوسطى نظام الاقطاع وأقامت على أساسه عددا من القواعد القانونية لحمايته .. وهكذا [١] .

(هـ) العوامل التاريخية (les facteurs historiques) :

يقصد بها التجارب التى مرت بها الأمم عبر العصور . فهى تبصر المشرع الوضعى بالتقاليد وتزوده بالمراحل التى مرت بهـا النظم القانونية القديمة ليتلاشى عيوبها ويستخلص منها تلك الخبرة الطويلة المصقولة فى أتون الزمن وعبر الأجيال ، فيتمكن على هديها من تشخيص عيوب النظم القائمة ويتمكن من رسم أهداف المستقبل فى إطـار يعصمه من الاندفاع أو التهور رغبة فى التطور أو التغيير عن طريق الانقلاب أو الطفرة ، لأن حقائق التاريخ تكشف له سوأة هذا التصرف ومحـازيره وما قد يترتب عليه فتحد بذلك من رعونته وتثنيه عن عزمه ، وتمضى به فى قوة وروية ورسوخ نحو التغيير المنشود [٢] .

---

(١) د. حسن كيرة فقرة ٨١ ص ١٥٥ ، د. عبد الناصر العطار ص ١٤٧
(٢) د. حسن كيرة فقرة ٨٣ ص ١٥٧ و ١٥٨ ، و د. عبد الناصر العطار ص ١٤٧

٥٨ — ثانيا — العنصر المثالى أو المثل الأعلى للعدل [1] :

لا تكفى حقائق الحياة فى الجماعة لتكوين القاعدة القانونية ، وإنما لابد لاكتمال هذا التكوين من وجود عنصر مثالى فوق العنصر الواقعى ، والمراد بالعنصر المثالى أو المثل الأعلى هو العدل .

والعدل يعرفه فلاسفة اليونان والرومان والمبرزون من رجال الكنيسة فى العصور الوسطى بأنه إعطاء كل فرد ما يخصه أو ما هو واجب له . أو هو إعطاء كل ذى حق حقه والتمسك بذلك على جهة الاستمرار . وقد قسم فلاسفة اليونان العدل إلى صور ثلاث : العدل التبادلى ، والعدل التوزيعى ، والعدل الاجتماعى . وقد فعلوا ذلك فى سبيل توضيح فكرة العدل لأنه أمر يبلغ من العموم والاطلاق والتجريد حدا يجعله بعيدا عن الضبط والتحديد والاحكام ، فلا يمكن العثور على تعريف لحكم له جامع مانع [2] . لذلك لجأ الفلاسفة القدامى لهذا التقسيم بغية التقريب والتوضيح فعرفوا **العدل التبادلى** بأنه العدل الذى يسود بين الأفراد فى علاقاتهم مع بعضهم البعض ، ويبدو فى صورة مساواة تامة بين ما يأخذه الفرد من غيره وما يعطيه له .. **والعدل التوزيعى** عرفوه بأنه العدل الذى يسود علاقات الأفراد بالجماعة . فالجماعة توزع على الأفراد ما ترى من أموال أو منافع أو فرص بحسب حاجاتهم وقدراتهم . فالمساواة بينهم هنا تناسبية على خلاف المساواة فى العدل التبادلى فهى مساواة حسابية .

---

(١) راجع فى ذلك المراجع المشار إليها فى د. حسن كيرة ص ١٥٨ هامش ١ وبصفة خاصة :

Dabin, la philosophie de l'ordre juridique positif, Nos 94. 108 : théorié générale de droit, Nos. 272—282.

(٢) انظر : عبد العزيز فهمى فى مدونة جوستنيان فى الفقيه الرومانى ص ٥ فقد جاء فيها : « أن العدل هو حمل النفس على ايتاء كل ذى حق حقه والتزام ذلك على وجه الثبات والاستمرار » .

وهذا العدل التوزيعى يفسر لنا عدم التساوى بين المواطنين فى الحصول على الوظائف العامة فى الدولة نظرا لتفاوت قدراتهم وامكانياتهم الحسية والعقلية . أما **العدل الاجتماعى** فيعرف بأنه المساواة بين واجبات الأفراد نحو الجماعة بما يكفل تحقيق الصالح العام أو النفع العام . أو هو العدل الذى يسود علاقات الأفراد بالجماعة ، ولكن من حيث وجوبه على الأفراد للجماعة . فالجماعة تمثل الجسد الواحد ، والأفراد يمثلون الأعضاء التى لا يصلح الجسد إلا بها . فلا يمكن لأى جسم أن يعيش إلا بنشاط كل عضو من أعضائه النشاط الواجب الذى يسهم به فى بعث الحركة والحياة فى الجسم كله [1] .

هذه المساواة تناسبية تكون وفق مقدرة كل فرد على أداء ما كلف به فى حدود طاقته . فأساس العدل الاجتماعى إذن هو اعتبار الفرد جزءا من كل هو الجماعة ، لا اعتباره كلا قائما بذاته . ومن هنا يتمثل العدل فى تسخير هذا الجزء لخدمةالكل ، أى تسخير الفرد لخدمة الجماعة بغرض تحقيق هدف معين هو الخير العام أو الصالح العام [2] .

وقد اتجه الفقه الحديث إلى اختزال صور العدل الثلاث المتقدمة إلى اثنتين : العدل الفردى أو الخاص وهو العدل التبادلى ، والعدل العام أو الجماعى وهو العدل الذى يجب للجماعة حيال الأفراد أو للأفراد حيال الجماعة . أما العدل التوزيعى فقد ذهب رأى إلى أنه عدل فردى أو خاص لأنه يتقرر لصالح الفرد . وذهب رأى آخر إلى أنه عدل جماعى أو عام لأنه يتقرر بمناسبة علاقة الفرد بالجماعة . وهذا الاتجاه الأخير هو الأولى بالاعتبار . لأنه العدل الجماعى أو العام وهو الذى يسود

---

(١) د. حسن كيرة فى المرجع السابق فقرات ٨٥ و ٨٦ و ٨٧ ص ١٥٩ — ص ١٦٤

(٢) د. حسن كيرة ص ١٦٣ وما بعدها ، و د. عبد الناصر العطار ص ١٤٧

علاقات الجماعة بالأفراد باعتبارهم أعضاء فيها أيا كان من يجب له العدل ، والعبرة فى هذا العدل تقوم على أساس أن الفرد يعد بمثابة جزء من الكل وهو الجماعة ، والجماعة ينظر إليها على أساس أنها هى الكل فى مقابلة هذا الجزء[١] .

وعلى ذلك فإن المذهب الفردى يتجه نحو تحقيق العدل الفردى ـ كما أسلفنا ـ والمذهب الاجتماعى أو الاشتراكى يتجه إلى تحقيق العدل الاجتماعى كما بينا فى حينه فلا مناص إذن من أن نقرر أن فكرة العدل تتراوح ـ هنا ـ بين تحقيق التكافؤ بين الأفراد بوصفهم أفرادا (العدل الخاص) وبين تحقيق السيطرة على الأفراد لخدمة الصالح العام (العدل العام) ، وهذا التراوح بين تحقيق التكافؤ وتحقيق السيطرة استتبع كما قلنا تراوح القانون بين المذهب الفردى والمذهب الاجتماعى أو الاشتراكى[٢] .

٥٩ ـ الأثر المترتب على مخالفة القوانين الوضعية لفكرة العدل :

قلنا أن العدل هو أساس القاعدة القانونية والعنصر الأهم والجوهرى فى تكوينها ، وعلى ذلك فلا ينبغى لأى قانون وضعى أن يخرج عن المثل الأعلى للعدل . بل إن الأمر يقتضى من المشرع الوضعى أن يستلهم فى أحكامه مبادىء العدل وأن يتقيد بها فيما يقرر من تكاليف فلا يجاوز حدودها . فإذا خرج على المثل الأعلى للعدل بأن ضمن القانون أحكاما ظالمة تتناقض مع هذا المثل الأعلى للعدل ، فإن الأفراد يقعون بين قوتين

---

(١) د. حسن كيرة فقرة ٨٨ ص ١٦٤ ، د. عبد الناصر العطار ص ١٤٧ و ١٤٨

(٢) راجع فى تحديد مضمون العدل العام وما وجه إليه من نقد ، مؤلف د. حسن كيرة فى أصول القانون ص ١٩٨ هامش ١ ، وفى المدخل إلى القانون ص ١٦٥

تتنازعها قوة الدولة ، وقوة المنطق أو العقل ، وقد تراوحت مذاهب الفقهاء أيضا في هذا الشأن [١] .

فمنهم من يغلب قوة العدل على قوة الجماعة أو السلطان ويدعو إلى التمرد والثورة ، وهذا ما أخذت به الثورة الفرنسية عندما نصت في دستورها على حق الثورة ضد الظلم ومقاومته واعتبرته من أهم حقوق الإنسان . لكن الأخذ بهذا الحل على إطلاقه سيدفع إلى الفوضى ، فقد يتخذه كل فريق أداة لتحقيق أغراضه وأهوائه بادعاء تحقيق العـدل ونصرته في ذاته ، ولا يكون ذلك منه سوى بمثابة قناع أو ستار يتحرك من خلفه تحقيقا لنزواته وإشباعا لهواه . وهذا يؤدى إلى ضعف هيبة الدولة وضياع سلطانها ، وينتهى إلى تحكم الغوغاء وحلول الفوضى في المجتمع . وهذا جرم في حق العدل لأنه يحتاج إلى قوة منصفة تحرسه وتكفل احترام أحكامه في الجماعة [٢] .

من أجل ذلك فقد يتجه المظلوم إلى البحث عن حل لذلك داخل نطاق النظم القانونية الوضعية ذاتها ، فيضع أمله في القضاء العادل الذى يبتر بسيفه كافة القوانين الظالمة أو سيئة السمعة وذلك عن طريق بحث مدى موافقتها للدستور الذى يتضمن عادة كثيرا من مبادىء العـدل وقواعده ، أو على الأقل عن طريق الحرية المكفولة له في نطاق التفسير الموسع للقوانين ، وقد وقف القضاء المصرى مواقف مشرفة من بعض القوانين الوضعية التى بدت جائرة أو مخالفة للدستور فامتنع عن نظرها ورفعها إلى المحكمة الدستورية العليا [٣] التى شكلت خصيصا للنظر في

---

(١) راجع جيلنى في المرجع السابق جـ ٤ ص ٢٨٢ — ص ٣٠٢ ، ودابان في المرجع السابق ص ٢١٩ — ص ٢٢٧ . ود. حسن كيرة فقرة ٩٤ ص ١٧٩ وما بعدها ، ود. عبد الناصر العطار فقرة ٦٦ ص ١٠٥ وما بعدها .

(٢) د. حسن كيرة في المدخل إلى القانون ط ١٩٧٤ فقرة ٩٤ ص ١٧٩ و ١٨٠ .

(٣) صدر بها القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩

مثل هذه القضايا ، ولتراقب مدى دستورية القوانين ؛ من ذلك بعض القضايا المتصلة بمدى استحقاق الفوائد الربوية التى تتناقض مع أحكام الشريعة الاسلامية وقد نص الدستور على أن هذه الشريعة هى المصدر الرئيسى للتشريع [١] الوضعى ، ولذلك يعد تقرير مثل هذه الفوائد مخالفا للدستور ، وإلى الآن لم تفص ل المحكمة فى هذه القضية ، وكذلك قضية حق المرأة فى طلب التطليق لاقتران زوجها بغيرها بدون رضائها ، فالقانون الذى يجيز ذلك (قانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩) [٢] مخالف لصريح النص القرآنى ولعمل الرسول صلى الله عليه وسلم والصحابة — رضوان الله عليهم — من بعده ، ولإجماع الأمة الإسلامية على جواز ذلك بلا أدنى مخالفة أو شبهة •

استطاع القضاء العادل أن يتصدى لهذه القوانين وأمثالها فأوقف العمل بها ورفعها إلى المحكمة الدستورية العليا لنفصل فيها باعتبارها مخالفة للدستور تمهيدا لإلغائها وتطهير المجتمع من شرورها •

خلاصة الأمر أن القاعدة القانونية ينبغى لها أن ترضى بمـا يوافق العدل فى إطار ما يكشف عنه الواقع من حاجات الجماعة والأفراد ، وأن تبتعد عن كل مظاهر الظلم لأنه قصير العمر مهما امتد تطبيقه وفى النهاية لا يصح إلا الصحيح •

---

(١) تنص المادة الثانية من الدستور المصرى الدائم الصادر فى ١١ سبتمبر سنة ١٩٧١ على أن : « الإسلام دين الدولة ، واللغة العربية لغتها الرسمية ، ومبادىء الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع » وكانت هذه المادة قد عدلت وأصبحت على نحو ما ذكرناه فى جلسة مجلس الشعب المنعقدة فى ٣٠ أبريل سنة ١٩٨٠ م •

(٢) وقد تحرك القضاء العادل للفظ هذا القانون الشاذ فكتب فى مثالبه وطالب بإلغائه ، من ذلك مقال الأستاذ على محى الدين ياسين — رئيس محكمة عابدين — فى قانون الأحوال الشخصية بين التعليق والتطبيق المنشور فى ١٩٨٥/١/٨ بجريدة الجمهورية العدد ١١٣٣٣ السنة ٣٢

المبحث الثانى

المصادر الرسمية للقاعدة القانونية

٦٠ — تمهيد وتحديد :

ليست المصادر الرسمية للقاعدة القانونية مشتركة أو واحدة فى كل الجماعات بوجه عام ، وإنما تختلف من جماعة إلى أخرى تبعا للظروف الخاصة المحيطة بكل منها والتى تتفاوت فى الغالب بمرور الزمان واختلاف المكان . لكن مع وجود هـذا الاختلاف يمكننـا أن نقول بأن العرف والتشريع الوضعى يعتبران بصفة عامة مصدرين رسميين تشترك فيهما كل الجماعات قديما وحديثا على تفاوت بينها فى قدر ما يؤخذ به من هذين المصدرين(١) .

وبالاضافة إلى العرف والتشريع فقد عرفت بعض الجماعات مصادر أخرى للقاعدة القانونية لم تقف عليها غيرها من الجماعات الأخرى ، فى القديم والحديث على السواء ، من ذلك البلاد العربية وبعض الدول الإسلامية فقد كانت إلى عهد قريب — القرن التاسع عشر — تستمد جميع أحكامها المتصلة بكافة مناحى حياتها العملية والأسرية من الشريعة الإسلامية الغراء ، وما زالت حتى الآن تستمد معظم أحكام تنظيم الأسرة من هذه الشريعة الدينية الأصيلة ، ولكن الملاحظ بوجه عام أن حظ الدين فى التنظيمات القانونية للجماعات المختلفة قد أصبح ضئيلا ، وأن حظ الفقه فى هذا المجال يكاد يكون منعدما ، أما القضاء بسوابقه المستقرة تعتد به بعض الجماعات وتهمـله الأخرى . ولسنا هنـا بصدد تفصيل هـذه المصادر ، وإنما سنكتفى فى هذه العجالة بالتعرض للمصادر الرسمية للقانون المصرى التى نصت عليها المـادة الأولى من القانون المدنى المصرى الصادر بالقانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨

(١) د. حسن كيرة فى المدخل إلى القانون ط ١٩٧٤ فقرة ١٠٧ ص ٢٠٥

٦١ — المصادر الرسمية للقانون المصرى :

إن المصدر الرسمى للقانون يعنى الوسيلة التى تخرج بها القواعد القانونية إلى الناس فتكسب صفة الالزام ، وتصبح واجبة التطبيق بالقوة عند الاقتضاء . أى أنه يجب على القاضى أن يبحث فى هذه المصادر وحدها عن القاعدة القانونية المناسبة ليطبقها على جهة الالزام على ما يعرض عليه من منازعات[١] . فالمصادر Sources بمعناها المادى هى الينبوع الذى تأتى منه إلينا القواعد القانونية أى أننا نغترف منها مادة القانون ، والمصادر الرسمية هى التى تضفى على القانون عنصر الإلزام فيه وبالتالى تمده بالسطوة والحجية . فلكى تتعرف على وجود القاعدة القانونية من عدمه ، لا يحق لنا أن نستشير سوى المصادر الرسمية فحسب ، أما ما عداها فلا نرجع إليه إلا بعد أن يثبت لنا أخذ القانون به ، فنرجع إليه للتعرف على المعنى المحدد فى القاعدة القانونية وإبراز معالمه من خلال تمحيص مادته الأولى التى تمت الصياغة القانونية من عناصرها[٢] .

وقد أشارت المادة الأولى من القانون المدنى المصرى إلى المصادر الرسمية فنصت على ما يلى :

« ١ — تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فى لفظها أو فى فحواها .

٢ — فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادىء الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد ، فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة » .

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون ط ١٩٧٠ فقرة ٦٦ ص ١٠٥ ، و د. عبد الفتاح عبد الباقى فى نظرية القانون ط ١٩٦٦ فقرة ٨٨ ص ١٤٠ ، و د. مختار القاضى فى أصول القانون ط ١٩٦٧ ص ١٢٠ .

(٢) راجع فى هذا المعنى : د. عبد الفتاح عبد الباقى فى نظرية القانون ط ٦٦ فقرة ٨٨ ص ١٤٠ وما بعدها .

يتبين من هذا النص أن المشرع الوضعى أراد أن يكون المصدر الأول والأصلى العام هو التشريع الوضعى ، بحيث تكون كافة العلاقات والروابط محكومة بنصوصه • فإذا تحقق تخلف النص التشريعى الوضعى بصدد علاقة معينة أو واقعة محددة بذاتها ، كان على القاضى فى هذه الحالة أن يبحث عن الحل فى المصادر الأخرى التى أوردتها المادة الأولى من التقنين المدنى السالفة الذكر ووفقا لذات الترتيب الوارد بها • فلا يعنى غياب النص التشريعى الوضعى إطلاق الحرية للقاضى فى اختيار أى مصدر آخر بلا ترتيب لاستقاء الحل الذى يتوخاه ، وإنما يجب عليه أن يبحث عن هذا الحل بين قواعد العرف ، فإن لم يجد ففى مبادىء الشريعة الإسلامية ، فإن لم يجد فعليه أن يحكم وفقا لقواعد القانون الطبيعى وقواعد العدالة كما جاء فى النص السابق [١] •

وعلى أساس هذا المنهج السالف الذى فرضه المشرع الوضعى قسم فقهاء القانون المصادر الرسمية للقاعدة القانونية إلى مصادر أصلية ومصادر احتياطية وقصروا الوصف الأول على التشريع الوضعى ، وأضفوا الوصف الثانى على المصادر الثلاث الأخرى : العرف ، ومبادىء الشريعة الاسلامية ثم قواعد القانون الطبيعى وقواعد العدالة [٢] •

---

(١) راجع : د. عبد المنعم البدراوى فى المرجع السابق فقرة ٦٦ ص ١٠٥ وما بعدها ، و د. احمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن فى الوجيز فى المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧٠ ص ٤٠ وما بعدها . و د. عبد الناصر العطار فى مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ط ١٩٧٩ فقرة ٧٢ ص ١٧٠

(٢) د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ فقرة ٧٥ ص ١٣٤ وما بعدها ، و د. أحمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن فى المرجع السابق ص ٤١

ونعرض هذه المصادر وفق الترتيب السابق فى المطالب التالية :

المطلب الأول : التشريع الوضعى •

المطلب الثانى : العرف •

المطلب الثالث : مبادىء الشريعة الإسلامية •

المطلب الرابع : مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة •

المطلب الأول

التشريع الوضعى [1]

٦٢ — تعريف التشريع الوضعى وبيان مزاياه وعيوبه :

التشريع الوضعى كمصدر من مصادر القانون هو عبارة عن وضع القواعد القانونية بواسطة السلطة المختصة فى الدولة • ويطلق أيضا على

---

(١) راجع : د. حسن كيرة فى المرجع السابق فقرة ١٢٢ وما بعدها ، و د. عبد الفتاح عبد الباقى فى المرجع السابق فقرة ٩٠ وما بعدها ، و د. عبد المنعم البدراوى فى المرجع السابق فقرة ٦٧ وما بعدها ، و د. سمير عبد السيد تناغو فى النظرية العامة للقانون ط ١٩٧٤ فقرة ٨٩ وما بعدها ، و د. نعمان محمد خليل جمعة فى دروس فى المدخل للعلوم القانونية ط ١٩٧٧ ص ١٢٧ وما بعدها ، و د. مختار القاضى فى أصول القانون ط ١٩٦٧ ص ١٣٣ وما بعدها ، و د. محمود جمال الدين زكى فى دروس فى مقدمة الدراسة القانونية ط ١٩٦٤ فقرة ٣٣ وما بعدها ، و د. توفيق حسن فرج فى المدخل للعلوم القانونية ط ١٩٧٦ فقرة ١٢٨ وما بعدها ، و د. احمد سلامة فى المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧٨ فقرة ٦١ وما بعدها ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ فقرة ٧٨ وما بعدها ، و د. عبد الناصر توفيق العطار فى مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ط ١٩٧٩ فقرة ٧٣ وما بعدها ، و د. احمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن فى الوجيز فى المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧٠ فقرة ٢١ وما بعدها .

كل قاعدة مكتوبة تصدرها السلطة العامة وفقا للقواعد الدستورية السارية فى الدولة [١].

والسلطة المختصة بسن التشريع الوضعى عبارة عن هيئة تتولى نيابة عن الشعب عادة ــ كمجلس الشعب أو مجلس الأمة أو مجلس النواب ــ إصدار بعض أنواع التشريع الوضعى ، وقد تكون هذه السلطة رئيس الدولة أو وزير مختص ويطلق على ما يصدر عنهما من باب التجاوز تشريعا وإن كانت لتشريعاتهما مسميات أخرى ــ سنعرض لها عند تناولنا لأنواع التشريع الوضعى ــ أما إذا أطلق لفظ التشريع الوضعى دون وصف آخر فإنه يعنى القانون الصادر من السلطة التشريعية فى الدولة (كمجلس الشعب عندنا) [٢].

والقانون الذى يتكون بواسطة التشريع الوضعى يسمى أحيانا بالقانون المكتوب ، وقد أطلقت عليه هذه التسمية ليقابل القانون غير المكتوب الذى يتكون عن طريق العرف ، وعلى هذا يتميز التشريع الوضعى بكونه أولا : من الناحية الشكلية قاعدة مكتوبة صادرة عن السلطة المختصة طبقا للنظام الأساسى فى الدولة أى وفقا للدستور فتحقق بذلك ميزة الوضوح والانضباط للقاعدة القانونية • ثانيا : من الناحية الموضوعية أى من حيث مادته يتميز التشريع الوضعى بذات الخصائص التى تتضمنها القاعدة القانونية وعلى الأخص صفة العموم والتجريد • فالتشريع الوضعى لا ينطبق على حالات فردية معينة • وإذا صدرت بصفة استثنائية بعض القوانين بحالات فردية كالقوانين التى تصدر لبعض شركات التنقيب،

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى فى المرجع السابق ص١٠٧ و د. عبد الناصر العطار فى المرجع السابق ١٧١ ، و د. أحمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن فى المرجع السابق ص ٤١ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى المرجع السابق ص ١٤١

(٢) د. عبد الناصر العطار فى المرجع السابق ص ١٧١

أو الاحتكار لسلعة معينة مثلا فإن وصف التشريع الوضعى لا يلحق مثل هذه القوانين الأخيرة إلا لمجرد كونها صدرت وفقـا لذات الشـكل والإجراءات التى تتبع فى إصدار التشريعات الوضعية ، أما من حيث مادة هذه القوانين الخاصة الأخيرة فإنها تفتقر إلى صفتى العمومية والتجريد وافتقادها لهاتين الصفتين يحول دون اعتبارها تشريعات وضعية بالمعنى الصحيح[1] .

ويعنينا هنا التشريع الوضعى بمعناه الذى يجمع خصائص القاعدة القانونية لأنها تحقق تميز القانون على ما عداه من القرارات الإدارية أو التنفيذية الخاصة بحالة معينـة والتى ينتهى مفعولها بمجرد اسـتنفاد الغرض منها .

ويمتاز التشريع الوضعى بأنه لا ينطبق على حالات فردية معينـة — كما أسلفنا — وبأنه عام يسرى على كافة أقاليم الدولة فهو لا يختلف من إقليم إلى آخر ، وهذه الميزة تحقق الوحدة والاستقرار والتجانس فى أحكام المعاملات[2] .

ويمتاز التشريع الوضعى أيضا بأنه يؤدى إلى صياغة القاعدة القانونية فى صورة مكتوبة تحقق قدرا كافيـا من الوضـوح الذى يزيل اللبس

---

(١) د. احمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن فى المرجع السابق فقرة ٢١ ص ٤١ وما بعدها ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ فقرة ٧٨ ص ١٤١ وما بعدها .

(٢) د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون ط ١٩٧٠ فقرة ٦٩ ص ١٠٩ ، و د. عبد الفتاح عبد الباقى فى نظرية القانون ط ١٩٦٦ فقرة ٩٢ ص ١٤٤ ، و د. مختار القاضى فى اصول القانون ط ١٩٦٧ ص ١٢٥ . هـذا وقد برزت فائدة التشريع فى هذا المجال فى بعض البلاد ، لا سيما فى فرنسا حيث كانت إلى آخر القرن الثامن عشر محكومة فى اغلبها بقواعد عرفية تختلف من إلى إقليم إلى آخر ، وظل الحال على ذلك حتى صدرت تشريعات نابليون فى مطلع القرن التاسع عشر فوحدت القانون فى فرنسا كلها واخضعت جميع الأقاليم لأحكامه . انظر فى هذا المعنى د. عبد الفتاح عبد الباقى فى المرجع السابق ص ١٤٤ هامش ١

والغموض عن مضمون القاعدة القانونية ، حيث يراعى فى الصياغة أن يكون المعنى محددا ومنضبطا ، وهذا يؤدى إلى الاستقرار فى المعاملات والعلاقات القانونية فى شتى صورها ، إذ يستطيع كل فرد من أفراد المجتمع أن يعرف وبصورة مسبقة الحدود التى يستطيع أن يتحرك فى نطاقها بنشاطه وروابطه ، فضلا عن إيضاح القانون للعقوبات أو الجزاءات المترتبة على الإخلال بأحكامه ، فيعرف الفرد بذلك ما له وما عليه فى سهولة ويسر [١] .

كما يمتاز التشريع الوضعى كذلك بأنه يعد وسيلة تتجاوب وتتمشى مع متطلبات المجتمع ويمكنها أن تلاحق التطورات والمشاكل بصورة حاسمة نظرا لأن التشريع الوضعى يمكن سنه ووضعه موضع التنفيذ بسرعة كبيرة تمكن من مواجهة أى ظروف طارئة تستدعى سن قانون عاجل لحسمها . وتلك أهم مزايا التشريع الوضعى لأنه سريع فى نشأته وفى تعديله وفى إلغائه ،فهو لا يستغرق فى وضعه موضع التنفيذ سوى وقت قصير جدا إذا ما قورن بالوقت الذى يقتضيه نشوء القواعد العرفية [٢] .

ورغم هذه المزايا السابقة فإنه يعاب على التشريع الوضعى فى أمور منها :

---

(١) انظر : د. حسن كيرة فى المدخل إلى القانون ط ١٩٧٤ فقرة ١٢٣ ص ٢٢٨ ، و د. عبد المنعم البدراوى فى المرجع السابق فقرة ٦٩ ص ١١٠ ، و د. عبد الفتاح عبد الباقى فى المرجع السابق فقرة ٩٢ ص ١٤٤ ، و د. مختار القاضى فى المرجع السابق ص ١٢٤، و د. أحمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن فى المرجع السابق ص ٤٢ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون فقرة ٧٩ ص ١٤٢

(٢) د. حسن كيرة ص ٢٢٨ ، و د. عبد المنعم البدراوى ص ١٠٩ ، و د. عبد الفتاح عبد الباقى ص ١٤٤ و د. مختار القاضى ص ١٢٥ ، و د. أحمد سلامة وحمدى عبد الرحمن ص ٤٢ ، و د. حمدى عبد الرحمن ص ١٤٢

١ - أن التشريع الوضعى لا يعكس التلقائية الشعبية فى تكوين القاعدة القانونية مما يجعل هذه القاعدة غير ملائمة لظروف المجتمع ، لأنها قواعد توضع بواسطة الدولة أو السلطة المختصة وتفرض على الناس ، وقد لا تلقى قبولا فى نفوسهم بسبب تعسف واضعها مما يؤدى فى النهاية إلى كثرة مخالفتها لعدم تعبيرها عن الإرادة الحقيقية للأفراد ، أو لعدم مطابقتها للظروف التى تعيشها الجماعة [١] .

وهذا النقد يرد عليه بأنه لا يمثل عيبا فى التشريع الوضعى فى حد ذاته وإنما يعكس الخلل الذى يمكن أن يعترى الديمقراطية فى بلد معين . فالتشريع الوضعى ينبغى أن يصدر عن سلطة شرعية منتخبة من الشعب وممثلة لإرادته ، لكى تنفذ مطالبه وترعى ظروفه وحاجاته ، وتضع له من القواعد ما يحقق ذلك .

٢ - أن القاعدة التشريعية قاعدة جامدة لأنها مكتوبة بألفاظ محددة ليس من اليسير تطويرها بما يكفل مواجهة الظروف الجديدة فى المجتمع . وهذا الجمود مرفوض لأنه يؤدى إلى وجود خلاف وعدم استقرار بين أفراد المجتمع بسبب عجز التشريع عن مواكبة الظروف المتغيرة والحاجات المتطورة [٢] .

وهذا العيب مردود عليه بأنه لا قدسية للتشريعات الوضعية التى

---

(١) د. احمد سلامة وحمدى عبد الرحمن فى المرجع السابق ص ٤٢ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى المرجع السابق ص ١٤٣ ، و د. عبد الودود يحيى فى دروس فى مبادىء القانون ط ١٩٧٨ ص ٥٩ ، و د. منصور مصطفى منصور فى دروس فى المدخل لدراسة العلوم القانونية ط ١٩٧٢ فقرة ٤٩ ص ٦٧ وما بعدها .

(٢) د. عبد المنعم البدراوى فى المرجع السابق ص ١١٠ ، و د. عبد الفتاح عبد الباقى فى المرجع السابق ص ١٤٥ ، و د. احمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن فى المرجع السابق ص ٤٢ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ص ١٤٣

لا تستجيب لدواعى الظروف وحاجات المجتمع ، بل يمكن متابعة تعديلها أو تغييرها لأن تعديل التشريع الوضعى أو إلغائه لم يعد اجراءا معقدا حين تقتضيه الضرورة ، وفضلا عن ذلك فإن سبل ووسائل تفسير القاعدة القانونية تسمح غالبا بإعطائها قدرا من المرونة فى التطبيق لمواجهة ما قد يجد من أوضاع ، كما أن النص المكتوب يضع إطارا عاما للتفسير يتحدد بمقتضيات الاستقرار [١] .

لقد برزت مزايا التشريع الوضعى — السابقة — فجعلت منه المصدر الأول والأهم فى أغلب المجتمعات الحديثة وغلبته على العرف ، وقد زاد من أهمية التشريع الوضعى سيادة الاتجاه الاشتراكى فى كثير من دول العالم ، وكثرة تدخل الدولة فى تنظيم العلاقات الخاصة بين الأفراد ، كما فعلت مصر بتنظيمها مثلا لعقد العمل الخاص ، وتحديد إيجارات المساكن والأراضى الزراعية ، وتحديد الملكية الزراعية .. الخ .

وقبل أن نعرض بالبيان لأهم المسائل المتعلقة بالتشريع الوضعى ، نتساءل عن مدى صحة إطلاق فقهاء القانون للفظ المشرع أو الشارع على السلطة المنوطة بسن التشريع الوضعى ، وهل هذا الإطلاق يتفق مع المعنى اللغوى الدقيق أم يجافيه ، وإن اتفق لغة فى ذلك هل يجوز شرعا إطلاقه على غير الله — سبحانه وتعالى — ورسوله ﷺ أم لا يجوز [٢] ؟ .

ونقول ابتداء إن كتب علماء اللغة العربية لا تمنع إطلاق لفظ الشارع أو

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى ص ١١٠ ، و د. احمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن ص ٤٣ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ص ١٤٣ - و د. مختار القاضى ص ١٢٥

(٢) راجع فى هذا المعنى بتوسع واستيعاب : د. عبد الناصر توفيق العطار فى مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ط ١٩٧٩ فقرة ٧٤ ص ١٧٢ وما بعدها ، ومحمد عبد الجواد محمد فى كتابه التطور التشريعى فى المملكة العربية السعودية ط ١٩٧٧ فقرة ١٢ ص ٢٨ و ٢٩ ، وقد أشار إليه د. عبد الناصر العطار فى اكثر من موقع فى هوامش ص ١٧٣ وص ١٧٤

المشرع على غير الله ورسوله [١]، ولكن إطلاق هذا اللفظ شرعا على غيرهما — أى الله ورسوله — فيه تجاوز لنطاق الحق يحتاج إلى مزيد من الإيضاح ، لذا فقد عرضنا له بالبيان فى الفقرة التالية .

٦٣ — تجاوز الحق باطلاق لفظ المشرع أو الشارع على غير الله ورسوله :

لقد جرى العرف على أن علماء المسلمين من أصوليين وفقهاء لا يطلقون فى كلامهم أو مؤلفاتهم اصطلاح المشرع أو الشارع إلا على الحق سبحانه وتعالى على أساس أن الشريعة من عند الله جل وعلا قال تعالى : « ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها » [٢] . وقال سبحانه : « إن الحكم إلا لله » [٣]. ولم ينسب الله عز وجل التشريع لبشر إلا من باب التهكم والتقريع وقد ورد ذلك فى قوله تعالى : « أم لهم شركاء شرعوا لهم من الدين ما لم يأذن به الله » [٤] ، فلا يطلق لفظ المشرع مجردا إلا على الله سبحانه وتعالى وقد يطلق على رسوله محمد بن عبد الله ﷺ باعتباره لا ينطق عن الهوى ، وقد أقر الله سنته بقوله تعالى : « وما ينطق عن الهوى ن هو إلا وحى يوحى » [٥] ولقوله سبحانه وتعالى : « وما أرسلنا

---

(١) فقد ورد فى كتب اللغة إطلاق لفظ الشارع على العالم الربانى العامل المعلم ، وأيضا يطلق على الطريق الأعظم . (انظر القاموس المحيط ج ٣ ص ٤٤ ؛ ولسان العرب ج ١٠ ص ٤٠ ؛ وترتيب القاموس المحيط ج ٢ ص ٦٩٩ ، ومختار الصحاح ص ٣٣٥) ومن المعروف أن المعنى اللغوى غير المعنى الاصطلاحى . فالصلاة مثلا فى اللغة الدعاء وفى اصطلاح الشرع أقوال وأفعال معينة مفتتحة بالتكبير مختتمة بالتسليم ، من هذا يظهر لنا البون الشاسع بين المعنى اللغوى والمعنى الاصطلاحى ؛ فلا يعتد فى نظرنا بالمعنى اللغوى فى هذا الصدد ، وإنما العبرة بالمعنى الشرعى الاصطلاحى لأنه مناط الحكم . والذى يعنينا هنا هو المعنى الاصطلاحى لا اللغوى .

(٢) سورة الجاثية من الآية ١٨

(٣) سورة الأنعام من الآية ٥٧

(٤) سورة الشورى من الآية ٢١

(٥) سورة النجم الآيتان ٣ و ٤

من رسول إلا ليطاع بإذن الله »[١] ، وبقوله جل وعلا : « من يطع الرسول فقد أطاع الله »[٢] ، وقوله سبحانه : « أطيعوا الله وأطيعوا الرسول »[٣] والطاعة لا تكون لازمة إلا عن تكليف ، والتكليف لا يتأتى إلا بناء عن شرع صحيح والشرع لا يقر إلا إذا ورد من مشرع ، والأمر بطاعة رسول الله ﷺ يستلزم اتباع سنته ، وسنته هى أغلب أحكام الشريعة الإسلامية التى ينبغى السير على نهجها فى العبادات والمعاملات وكافة العلاقات الإنسانية التى تنشأ بين أفراد الأمة الإسلامية حكاما ومحكومين .

لذا ينبغى علينا أن نقصر لفظ الشارع والمشرع على الله عز وجل ورسوله المصطفى ﷺ . أما ما يرد على ألسنة الفقهاء من أحكام فقهية كثمرة لاجتهادهم فلا يعتبر من باب التشريع وإنما من باب الاجتهاد فحسب ولا يجوز شرعا أن تطلق على أحدهم نظرا لاجتهاده صفة الشارع أو المشرع حتى ولو كان ما انتهى إليه المجتهد من أحكام لا يتعارض مع نصوص الكتاب أو السنة لأن عمل الفقيه يعد اجتهادا لا تشريعا ، وما يضعه الحاكم المسلم من النظم قد يكون اجتهادا إذا سلك فى استنباطه سبل الاجتهاد إن كان من أهله ، وإلا عد من باب الرأى أو السياسة التى قد يرى الحاكم فيها مصلحة مشروعة للإسلام والمسلمين . والاجتهاد ومجرد الرأى لا يكون تشريعا ولا شريعة إلا على سبيل المجاز فقط[٤] .

---

(٥) سورة النساء من الآية ٦٤

(٢) سورة النساء من الآية ٨٠.

(٣) سورة النساء من الآية ٥٩

(٤) وقد عاب الأمام الشافعى — رضى الله عنه — على المالكية اخذهم بالاستحسان لأنه يرى أن من يستحسن يتجاوز حدود الاجتهاد إلى التشريع لذا قال : « من استحسن فقد شرع » .

والحق الذى لا ريب فيه أن الأحكام التى ينتهى إليها المجتهدون تسمى أحكاما شرعية لأنها مستنبطة من الأصول الشرعية بالاجتهاد ، فالكشف عنها بالبحث وإعمال الفكر وفق القواعد المعتمدة فى هذا الصدد يجعل منها أحكاما شرعية تبين حكم الشارع الحكيم فى المسألة التى طرحت على المجتهد ، فالمجتهد لا يشرع وإنما يميط اللثام عن حكم الله تعالى وشرعه فى المسألة فله ثواب بذل الجهد وليس له فضيلة اصطناع الحكم لأن الشرع من عند الله .

أما فقهاء القانون فقد درجوا على إطلاق لفظ التشريع على القانون الذى تسنه الدولة ، وأطلقوا لفظ المشرع أو الشارع على السلطة المختصة بوضع التشريع، وقد عمدوا إلى ذلك نقلا عن المؤلفات القانونية التى اقتبست منها القوانين الوضعية ، ولكن إذا ساغ فى المؤلفات الأجنبية إطلاق لفظ الشارع أو المشرع على السلطة المختصة بوضع القوانين ، ولفظ التشريع على تلك القوانين لأن الحكومات غير الإسلامية تفصل بين الدين والدولة وتعتبر القانون من شئون الدولة ولا علاقة له بالدين من قريب أو بعيد ، فلا يسوغ لنا ونحن أمة إسلامية أن نطلق هذا اللفظ على غير الله سبحانه وتعالى ورسوله ﷺ ، لأن ديننا بشريعته السمحة جاء ليشمل كافة أمور الحياة فهو دين ودنيا ، عقيدة وشريعة . قال تعالى : « ما فرطنا فى الكتاب من شىء »[1] فمفهوم الإسلام يختلف عن مفهوم الدين عند غير المسلمين لأن الأول يشمل كافة شئون الحياة ، أما الأخير فإنه لا ينظم إلا الأمور المتعلقة بالعبادات فحسب فشتان بين هذا وذاك .

ونلاحظ عند مطالعتنا لأغلب كتب فقهاء القانون أن لفظ التشريع قد شاع إطلاقه على القوانين التى تضعها السلطة المختصة ، سواء وافقت هذه القوانين شريعة الله أم اختلفت معها ، ولفظ التشريع يتسع مدلوله

(١) سورة الأنعام من الآية ٣٨

لغير التشريعات السماوية ، فلا يضير اطلاقه على ما تضعه السلطة المختصة في الدولة على سبيل المجاز ، أما لفظ الشارع أو المشرع فلا يصح إطلاقه على غير الله جل وعلا ورسوله ﷺ، فينبغي على فقهاء القانون المسلمين أن يقرنوا بلفظ المشرع أو الشارع إذا قصدوا به غير الله تعالى ورسوله ﷺ صفة الوضعية فيقولون المشرع الوضعي أو الشارع الوضعي ليوفقوا بين إيمانهم بأن الشارع أو المشرع هو الله وحده وبين شيوع إطلاق لفظ المشرع على السلطة المختصة بوضع القانون (١).

٦٤ — مركز التشريع الوضعي بالنسبة لغيره من المصادر الأخرى :

أصبح التشريع الوضعي يحتل مركز الصدارة بين المصادر الرسمية للقانون الوضعي في العصر الحالي ، وذلك نظرا لكثرة تدخل الدولة في تنظيم الروابط القانونية والأنشطة المختلفة وازدياد قوتها ونفوذها لدرجة أدت إلى تركز السلطة في يدها ، بحيث أصبح التشريع الآن بكافة قواعده

---

(١) د. عبد الناصر العطار في المرجع السابق ص ١٧٢ — ص ١٧٥
— وقد اشار محمد عبد الجواد في مؤلفه عن التطور التشريعي في المملكة العربية السعودية ط ١٩٧٩ في ص ٢٢ هامش ١ إلى انه قد جاء في قرار مجلس الوزراء السعودي رقم ٣٢٨ والصادر في غرة ربيع الأول سنة ١٣٩٦ هـ : « أن مجلس الوزراء بعد الاطلاع على الخطاب المرفوع من فضيلة رئيس الجامعة الإسلامية ، والمتضمن أنه نظرا لكون المشرع على الاطلاق هو الله وحده ، فإن إطلاق هذا اللفظ على غيره غير لائق . وبناء على توجيه المقام السامي — يقصد الملك خالد بن عبد العزيز — بعرض الموضوع على مجلس الوزراء ، يقرر .... الموافقة على عدم استعمال كلمة المشرع في الأنظمة — يعني القوانين — والأعمال التنظيمية الأخرى ، والاستعاضة عنها بكلمة أخرى مناسبة » . مشار إلى ذلك في مؤلف د. عبد الناصر العطار ص ١٧٥ هامش ١ . وإن كان لنا من تعقيب أو تعليق على هذا التصرف الكريم والحكيم فليس سوى دعوة منا لولاة الأمر فينا بأن يكونوا أسوة حسنة لجميع الدول العربية والإسلامية ، فيسارعوا بتطهير النظم والقوانين الوضعية من كل ما يخل بجوهر الشريعة الإسلامية أيا كان مظهر او جوهر هذا الخلل . لنكون وبحق من خير أمة اخرجت للناس .

العامة والخاصة يحكم سائر العلاقات الاجتماعية إلا ما ندر ، وبالتالى فقد جعله القانون المصرى المصدر الرسمى الأول للقاعدة القانونية . أما غيره من المصادر الرسمية الأخرى فلم تعد له أهمية إلا فى مجالات خاصة ومحدودة ، مثل الالتجاء إلى العرف فى بعض أوجه النشاط التجارى والالتجاء إلى الشريعة الإسلامية فى أحكام المواريث والوصية والوقف أو أحكام الأسرة عموما [1] .

٢٦ ـ ترتيب الكلام فى التشريع الوضعى :

لقد جرى عرف فقهاء القانون على تقسيم التشريع الوضعى بحسب السلطة التى تضعه إلى أنواع أربعة :

الأول : التشريع الأساسى : وهو الدستور ، ويوضع عادة بواسطة هيئة سياسية عليها لأنه يعتبر قمة التشريعات الوضعية وهذا هو الوضع الغالب فى معظم الدول .

الثانى : التشريع العادى : وهو ما تضعه السلطة التشريعية كمجلس الشعب عندنا من قوانين فى حدود ما لها من اختصاصات وفقا للدستور ، هذه القوانين يطلق عليها التشريع الرئيسى أو العادى غالبا .

الثالث : التشريع الاستثنائى : وهو ما يضعه رئيس الجمهورية أو الدولة من قواعد قانونية فى حالة الضرورة أو فى حالة التفويض من السلطة التشريعية (مجلس الشعب فى مصر) .

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون ط ١٩٧٠ ص ١٠٧ .
و د. عبد الناصر العطار فى المرجع السابق فقرة ٧٥ ص ١٧٥ وما بعدها ؛
و د. عبد الفتاح عبد الباقى فى نظرية القانون ط ١٩٦٦ ص ١٤٥ ؛
و د. مختار القاضى فى أصول القانون ١٩٦٧ ص ١٣١

النوع الأخير : التشريع الفرعى : وهو عبارة عن اللوائح أو القرارات ذات الصبغة التشريعية والتى تقوم بعض الهيئات العامة أو الوزارات المختلفة بوضعها ، ويصدرها رئيس الدولة أو أحد الوزراء .

والكلام عن التشريع الوضعى يقتضى أن نتناول كيفية سن التشريع واصداره ونشره وكيف يتم الغاؤه أو نسخه ، وطرق تفسيره ، وسنرجىء الكلام عن سريانه أو نفاذه إلى الفصل الأخير فنتناوله مع تطبيق القانون ، ولذلك سنوزع كلامنا الآن فى التشريع الوضعى بين الفروع الثلاثة التالية :

الفرع الأول : سن التشريع وإصداره ونشره .

الفرع الثانى : إلغاء التشريع الوضعى أو نسخه .

الفرع الثالث : تفسير التشريع الوضعى .

الفرع الأول

سن التشريع الوضعى وإصداره ونشره

٦٥ — سن التشريع الوضعى :

تحمل القواعد التشريعية الوضعية بالمعنى العام والصادرة عن الدولة أوصافا مختلفة : هى الدستور ، والقانون (العادى والاستثنائى) واللائحة ، وكما سبق أن بينا أن لكل فئة منها معنى يختلف اختلافا ظاهرا عن معنى الفئات الأخرى ، ولكل منها أيضا هيئة تسنها ، وبالتالى تتعدد الهيئات التى تسن التشريع الوضعى بتعدد أنواعه ، ولذا يكون من اللازم بيان المقصود بكل نوع من هذه الأنواع مع التمييز بينها تمييزا كاملا .

٦٦ — أولا : الهيئة المختصة بسن الدستور :

الدستور هو التشريع الأساسى ، ويعرف بأنه التشريع الذى يضع أساس بناء الدولة ، أى يضع نظام الدولة ودستور الحكم فيها ، فيحدد شكل الحكم فى الدولة ، وتعدد السلطة العامة فيها (السلطة التشريعية ، والسلطة القضائية ، والسلطة التنفيذية) وتوزع الاختصاصات بينها ، وعلاقاتها بالأفراد فيحدد ما لهم من حقوق وما عليهم من واجبات . أو هو مجموعة القواعد الأساسية التى تنظم الدولة والحكومة ، وحقوق وواجبات كل من الحكام والمحكومين ، والعلاقات فيما بين سلطات الدولة المختلفة ، والنظر إلى التشريع الدستورى على أنه التشريع الأساسى قائم على اعتبار أن الدستور هو الذى يضع الأسس التى تقوم عليها الدولة [١] .

ويتولى وضع التشريع الأساسى هيئة سياسية عليا فى الدولة ، وتختلف طرق وضعه من دولة إلى أخرى بحسب ما يسودها من أنظمة استبدادية أو ديمقراطية . فالدول الديمقراطية تحرص على أن يتولى سن الدستور جمعية تأسيسية منتخبة عن الشعب ، أو أن يسنه الشعب بنفسه مباشرة عن طريق الاستفتاء . أما الدول الاستبدادية فإن دستورها إما أن يصدر فى صورة منحة من الملك أو صاحب السلطان فى الدولة ، فيتنازل عن بعض سلطاته المطلقة ويحتفظ بالبعض الآخر وهو فى الغالب لا يفعل ذلك بمحض إرادته واختياره وإنما يتم ذلك تحت ضغط الحركات الوطنية والديمقراطية فى الدولة . وإما أن يصدر فى صورة عقد بين صاحب السلطان والشعب ومن مقتضاه ألا ينفرد الحاكم بوضع الدستور ويتميز

---

(١) راجع : د. حسن كيرة فى المرجع السابق فقرة ١٢٨ ص ٢٣٢ ؛ و د. عبد الفتاح عبد الباقى فى المرجع السابق فقرة ٩٣ ص ١٤٥ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون فقرة ٧٥ ص ١٣٥ ، و د. عبد الناصر العطار فى المرجع السابق فقرة ٧٧ ص ١٧٧

هذا الأسلوب بأن الحاكم بمقتضاه لا يستطيع أن يسحب الدستور أو يعدله بغير موافقة الطرف الآخر فى التعاقد ، أى من يمثلون الشعب فى هذا العقد [١] .

والأسلوب الديمقراطى يستجيب لاعتبار أن الأمة أو الشعب مصدر السلطات ، على خلاف النظام الاستبدادى ، ومع ذلك فإن سن الدستور عن طريق الاستفتاء الشعبى ليس بمنأى عن النقد ؛ لأنه لا يوصل فى نظرنا إلى نتائج منضبطة إلا فى دولة تتمتع بقدر كبير من الوعى السياسى ، وتتوافر لديها مقومات النظام الحزبى الكامل ، الذى يقـوم على حرية المعارضة والمنافسة السياسية البناءة والشريفة ، أما الاستفتاء الشعبى فى دول تخضع لنظم غير حزبية ، أو ذات أحزاب ضعيفة ، فإنمـا هو استفتاء شكلى مفرغ المضمون ينتهى فى الغالب إلى تكريس الاستبداد السياسى ، بل ويبالغ فى هذا الشأن فيقدم لهذا الاستبداد المبرر القانونى بالاستناد إلى الإرادة الشعبية الظـاهرة ، وحقيقـة الأمر على خلاف ذلك [٢] .

ولذلك فإنا نفضل على أسلوب الاستفتاء الشعبى أسـلوب سن الدستور بواسطة جمعية تأسيسية منتخبة عن الشعب ، حيث يمكنها أن تمحص الدستور مادة تلو مادة ، وتستبعد منه ما لا يتفق مع إرادة جماهير

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون ط ١٩٧٠ فقـرة ٧٦ ص ١٢٠ ، و د. حسن كيرة فى المرجع السابق فقرة ١٢٨ ص٢٣٢ وما بعدها، و د. عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٩٥ ص ١٤٧ وما بعدها ، و د. عبد الناصر العطار فى المرجع السابق فقرة ٧٨ ص ١٧٧ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى المرجع السابق فقرة ٧٦ ص ١٣٧ وما بعدها ، و د. أحمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن فى الوجيز فى المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧٠ ص٤٣ وما بعدها .

(٢) د. حسن كيرة فقرة ١٢٨ ص ٢٣٣ ، و د. حمدى عبد الرحمن ص ١٣٩ ، و د. أحمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن فى المرجع السـابق ص ٤٤

الشعب ، وفسحة الوقت أمامها تمكنها من ذلك ، أما فى حالة الاستفتاء الشعبى فإن ذلك يستحيل تحقيقه ولا يمكن مع أسلوب الاستفتاء سوى إما قبول مشروع الدستور برمته أو رفضه بكامله ، وهذا لا يترك فرصة حقيقية للاختيار ، إذ قد يضطر الشعب إلى تفضيل الموافقة على دستور لا يقر بعض أحكامه لتجنيب البلاد عواقب رفضه ، إذ يترتب على هذا الرفض أن تحكم البلاد فترة أخرى — قد تطول وقد تقصر — حكما استثنائيا بغير دستور لحين وضع مشروع دستور آخر [١] . ولا بأس أيضا لدينا إذا ما تولت جمعية منتخبة عن الشعب وضع مشروع دستور توافق عليه بعد مناقشة أحكامه مناقشة علنية وبصورة تفصيلية كاملة ثم بعد ذلك يطرح للاستفتاء الشعبى ، وهذا الأسلوب الأخير فى إصدار الدستور يترتب عليه فى نظرنا تحقيق الديمقراطية شكلا وموضوعا [٢] .

٦٧ — الدساتير المصرية :

اختلفت طريقة سن الدساتير المصرية المتعاقبة ، فقد وضعت أول دستور لمصر لجنة مكونة من ٣٠ عضوا ، سميت اللجنة العامة لوضع مبادىء الدستور ، وانتخبت من بينها لجنة من ١٨ عضوا لوضع المبادىء الدستورية وعرضها على اللجنة العامة ، وقد أطلق على اللجنة الفرعية ، « لجنة الثمانية عشر » أو « لجنة وضع المبادىء » ، وقد فرغت هذه اللجنة من عمل الدستور ثم عرض على اللجنة الاستشارية التشريعية لوزارة العدل فقامت بإدخال بعض التعديلات الطفيفة عليه ثم صدر به الأمر

---

(١) د. حسن كيرة فى المرجع السابق ص ٢٣٣

(٢) وقد سن الدستور الجديد لسنة ١٩٧١ بعد إقرار مجلس الأمة (مجلس الشعب) المبادىء الأساسية لمشروعه وموافقة اللجنة المركزية للاتحاد الاشتراكى على مواده وطرحه للاستفتاء الشعبى يوم ١١ سبتمبر سنة ١٩٧١ حيث نال الموافقة الشعبية .

الملكي رقم ٤٢/٩٢٣ في ١٩ أبريل سنة ١٩٢٣ [١] . وكان هذا الدستور منحة من الملك إلى الشعب بناء على الرأى الراجح فى الفقه الدستورى المصرى [٢] ، وقد ألغى هذا الدستور فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٥٢ على إثر قيام ثورة ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢ بإعلان ذلك ، ثم تم إعلان دستورى فى ١٠ فبراير سنة ١٩٥٣ يتضمن نظام الحكم فى فترة الانتقال ، ثم أعلنت الجمهورية فى ١٨ فبراير سنة ١٩٥٣ ، وكانت الثورة قد شكلت لجنة باسم الشعب لوضع مشروع دستور جديد ، وقد انتهت حكومة الثورة إلى وضع هذا المشروع ثم عرضته فى ٢٣ يونيه سنة ١٩٥٦ للاستفتاء الشعبى وقد تمت الموافقة عليه بما يشبه الإجماع ، ولم يقدر لدستور سنة ١٩٥٦ أن يعيش طويلا بسبب قيام الوحدة بين سوريا ومصر فى فبراير سنة ١٩٥٨ ، وقد صدر بهذه المناسبة دستور مؤقت فى ٥ مارس سنة ١٩٥٨ للجمهورية العربية المتحدة ، وظل هذا الدستور المؤقت قائمـا حتى تم انفصال سوريا عن مصر سنة ١٩٦١ فصدر عن مصر إعلان دستورى فى

---

(١) ولعل من الإنصاف القول بأن دستور سنة ١٩٢٣ لم يكن معيبا فى ذاته ، ولكن العيب يرجع إلى أننا أتينا به من بلجيكا ، أى من بيئة تخالف بيئتنا إلى حد كبير وخاصة بالنسبة لمستوى النضج السياسى والوعى القومى ، وأردنا أن نغرسه فى أرضنا ، فأنهك هذا الغرس أرضنا دون أن يحنو عليها بظليل ظله . ولعل أدق ما يقال عن هذا الدستور « إن مثله مثل رداء جميل ألبس لفتاة أعياها الضعف وأنهكها ، حتى غدت سقيمة نحيفة ، فاض الثوب على الفتاة حتى كاد يغرقها، لولا فضل من ربك ورحمة» نقلا عن د. عبد الفتاح عبد الباقى فى نظرية القانون ط ١٩٦٦ ص ٨٩ هامش ١

(٢) راجع فى ذلك : د. وحيد رأفت فى القانون الدستورى ط ١٩٣٧ ص ١٦ ، و د. عثمان خليل فى النظام الدستورى المصرى ط ١٩٤٢ ص ٦٧ ، و د. محسن خليل فى النظام الدستورى فى مصر والجمهورية العربية المتحدة ط ١٩٥٩ ص ١١١ ، و د. مصطفى أبو زيد فهمى فى النظـام الدستورى للجمهورية العربية المتحدة ط ١٩٦٦ فقرة ٨٥ وفقرة ٣١٥ ، و د. ثروت بدوى فى القانون الدستورى ط ١٩٧١ ص ٣٥ ، و د. يحيى الجمـل فى النظـام الدستورى فى جمهورية مصر العربية ط ١٩٧٤ ص ٢٦ ، و د. رمزى الشاعر فى النظم السياسية والقانون الدستورى ط ١٩٧٧ ص ٦٠ و ٦١

١٧ سبتمبر سنة ١٩٦٢ نص على بقاء أحكام الدستور السابق سارية فيما لا يتعارض مع أحكامه ، ثم انتهى العمل به فى ٢٥ من مارس سنة ١٩٦٤ ، واستبدل به دستور مؤقت آخر أصدره رئيس الجمهورية . وقد جاء فى مقدمته أن أحكامه تبقى قائمة حتى يقوم مجلس الأمة بوضع مشروع الدستور الدائم ثم يطرح هذا المشروع على الشعب للاستفتاء لكى يمنحه من إرادته الحرة القوة التى تجعله مصدرا لكل السلطات ، وقد صدر أخيرا الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية بعد موافقة الشعب عليه فى ١١ سبتمبر سنة ١٩٧١ ، ورغم ما وصف به هذا الدستور من دوام فقد طرأت عليه كثير من التعديلات ، وصدرت فى كنفه العديد من القوانين الأساسية منها ما جاء مكملا لأحكامه أو نفاذا لها [1] ، وأحدث تعديل طرأ عليه تم فى جلسة مجلس الشعب المنعقدة فى ٣٠ أبريل سنة ١٩٨٠ ، وما زال فى أغلبه لم يمس وهو حتى الآن الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية بغض النظر عن هذه التعديلات أو الإضافات [2] .

٦٨ ــ طريقة تعديل الدستور :

لقد انقسم فقهاء القانون إلى ثلاث فرق بصدد تعديل الدستور ، فيرى بعضهم أن تعديل الدستور لا يتم إلا بموافقة الشعب كله عليه . وهذا الرأى يبنيه صاحبه على نظرية شبيهة بالعقد الاجتماعى ، وزعيم هذا الرأى « فاتل » استعرضه فى كتابه (droits des gens)

---

(١) وغنى عن البيان أن الدستور أو القانون ليس مجرد كلمات جوفاء تطرب لها الآذان ، وليس سوى شعارات صماء ترددها الشفاه أو الألسنة ، وإنما هو مضمون حرية لا تعرف القيد ، وممارسة لديمقراطية سليمة ليس لها من حد . انظر عصمت الهوارى فى تقديم ملحق العددين الخامس والسادس للسنة الستين من مجلة المحاماة ص ٣

(٢) د. عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٤٤ ص ٨٩ وما بعدها ، و د. حسن كيرة ص ٢٣٢ هامش ١ ، و د. مختار القاضى ص ١٢٢ ، و د. عبد المنعم البدراوى فقرة ٧٦ ص ١٢٠ وما بعدها ، و د. عبد الناصر العطار فقرة ٧٩ ص ١٧٧ وما بعدها ، و د. حمدى عبد الرحمن ص ١٣٩

ويرى الفريق الثانى أن الأمة من حقها أن تعدل الدستور كما تشاء ، ولها أن تنيب عنها ممثلين لإجراء هذا التعديل ، ورائد هذا الرأى « سييز » وسنده فى ذلك أن الدساتير لا تلزم سوى السلطة التى أوجدتها، أما الأمة فلا ، ولذلك لهذه الأمة فى نظره أن تعدل الدستور كما تشاء وبالطريقة التى تراها محققة لأمانيها .

ويرى الفريق الثالث أن الدستور لا يعدل إلا بالشروط التى نص عليها الدستور وبالطريقة التى يراها ، وشروط تعديل الدستور تختلف غالبا باختلاف الدساتير ، فقد يحتم الدستور اجتماع أعضاء المجلسين معا (كمجلس الشيوخ ومجلس النواب مثلا) لتتألف منهم جمعية واحدة . وهذا النظام متبع فى فرنسا . وقد يستلزم الدستور إعادة انتخاب أعضاء البرلمـــان من جديد كما فى بلجيكا ، وقد يستلزم أغلبية خاصة أكثر من الأغلبية اللازمة لسن القوانين العادية ، وهذه طريقة الدستور المصرى [١] .

ويراعى أن التشريع الأساسى أو الدستور إما أن يكون دستورا مرنا يكفى لتعديل أحكامه أو إلغائها صدور قانون أو تشريع عادى من السلطة التشريعية كما هو الشأن فى تعديل أو إلغاء القوانين العادية ، وإذا كان التعديل فى مواد الدستور يقتضى اجراءات خاصة تختلف عن إجراءات تعديل القوانين العادية سمى دستورا جامدا . ومن الواضح أن الدساتير الجامدة — على خلاف الدساتير المرنة — تعين على توفير ما يجب للتشريع الأساسى فى الجماعة من استقرار كاف يمنع كثرة التبديل أو التغيير فى أحكامه . والدساتير المصرية المتعاقبة تعد من الدساتير الجامدة ، إذ تتطلب اجراءات طويلة وشروط عسيرة لإمكان تعديلها ، وقد جاء فى المـــادة ١٨٩ من الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية الصادر فى ١١ سبتمبر سنة

---

(١) د . مختار القاضى فى أصول القانون ط ١٩٦٧ ص ١٢٢ و ١٢٣

١٩٧١ النص على إجراءات تعديل الدستور فلا يتم التعديل الدستورى إلا باتباعها ، ولا يجوز فى التعديل التغاضى عنها أو تجاوزها [1] •

٦٩ - ثانيا - الهيئة المختصة بسن التشريع العادى :

يقصد بالتشريع العادى - هنا - القانون بالمعنى الضيق ، أى القواعد القانونية التى تصدرها الهيئة صاحبة السلطة التشريعية فى الدولة فى حدود اختصاصاتها وفقا للدستور [2] •

وتتولى الهيئة أو السلطة التشريعية سن التشريع العادى ، وهــذه الهيئة قد تكون الحاكم ذاته أو مجلسا ينوب عن الشعب كمجلس الشعب عندنا فى مصر فقد أسند الدستور الحالى إليه اختصاص سن التشريعات العادية ، وقد يتولى سن التشريع أكثر من مجلس كمجلس النواب والشيوخ فى فرنسا ، أو مجلس العموم واللوردات فى إنجلترا • ويبدو أن الهدف من قيام مجلس أو أكثر بسن التشريع العادى هو ضمان صدور القوانين معبرة عن مصالح الشعب وذلك من خلال نوابهم الذين يتحملون أمانة تحقيق الخير العام للشعب وحماية مصالحه المشروعة [3] •

---

(١) د. حسن كيرة فى المدخل إلى القانون ط ١٩٧٤ ص٢٣٣، و د. مختار القاضى فى المرجع السابق ص ١٢٣ ، و د. عبد الفتاح عبد الباقى فى نظرية القانون ط ١٩٦٦ ص ١٤٨ ، و د. عبد الناصر العطار فى مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ط ١٩٧٩ ص ١٧٧ هــامش ١ ، و د. حمــدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ ص ١٤٠ وهامش ١

(٢) د. عبد الفتاح عبد الباقى فى نظرية القانون ط ١٩٦٦ فقرة ٩٦ ص ١٤٨ وما بعدها ، و د. أحمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن فى الوجيز فى المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧٠ ص ٤٤ و ٤٥ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ فقرة ٧٨ ص ١٤١ ، و د. نعمان محمد جمعة فى دروس فى المدخل للعلوم القانونية ط ١٩٧٦ ص ١٢٧ وما بعدها ، و د. سمير عبد السيد تناغو فى النظرية العامة للقــانون ط ١٩٧٤ فقــرة ٨٩ ص ٢٩٣ وما بعدها .

(٣) د. عبد الناصر العطار فى المرجع السابق فقــرة ٨٠ ص ١٧٨ ،
=

وفى جميع البلاد الإسلامية ومنها مصر كانت أحكام الشريعة الإسلامية هى القانون الواجب التطبيق ، وكانت المحاكم تلتزم بتطبيقها ثم بدأت قضية التطبيق للشريعة تنحصر دائرتهـا حتى أصبحت لا تشمل سوى بعض أحكام الأسرة والموارث والوصايا والوقف ، كل ذلك مع غزو للتشريعات الأجنبية التى تسيدت على النظام المصرى عقب الاحتلال ، ومر التشريع الوضعى فى مصر بمراحل مختلفة حتى انتهى سلطان ممارسة التشريع إلى مجلس الأمة بمقتضى دستور ٢٥ مارس سنة ١٩٦٤ ، ثم تولى مجلس الشعب هـذه السلطة الآن بمقتضى دستور ١١ سبتمبر سنة ١٩٧١ م [(١)].

٧٠ — المراحل التى يمر بها سن التشريع العادى (الرئيسى) :

يمر التشريع العادى بمراحل متعددة قبل أن تكتمل له عناصر الوجود والنفاذ تبدأ باقتراح مشروع القانون وتنتهى بنشره فى الجريدة الرسمية ، ويمكن تلخيص هذه المراحل فى الآتى :

١ — مرحلة الاقتراح والفحص : وهى نقطة البداية المنطقية للعمل التشريعى فحين تلمس الحكومة حاجة النظام إلى اصدار قانون معين تقوم بعرض مشروع هذا القانون على السلطة التشريعية ، وقد تأتى هذه المبادرة من جانب نائب أو أكثر من أعضاء مجلس الشعب[(٢)]. وقد جرى الفقه القانونى على أن يطلق اصطلاح (اقتراح القانون) على مشروع القانون الذى لا يقدم عن طريق وزارة لختصة ، بقصد

=

و د. احمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن فى المرجع السابق ص ٤٥ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون فقرة ٧٨ ص ١٤١ وما بعدها .

(١) د. عبد الناصر العطار ص ١٧٨ و ١٧٩

(٢) تنص المادة ١٠٩ من الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية — دستور سنة ١٩٧١ — على أن (لرئيس الجمهورية ولكل عضو من أعضاء مجلس الشعب حق اقتراح القوانين) .

التفرقة بينه وبين (مشروع القانون) projet de loi الذى يقدم عن طريق وزارة مختصة ، فالنصوص التى تتقدم بها أى وزارة مختصة إلى مجلس الشعب لتكون قانونا يطلق عليها الاصطلاح الأخير ، أما ما يتقدم به عضو أو أكثر من نصـــوص إلى مجلس الشعب لتكون قانونا يطلق عليه (اقتراح بقانون) Proposition de loi كما أسلفنا للتمييز بينه وبين سابقه بصورة ظاهرة[1] .

ويقدم الاقتراح بقانون مباشرة إلى رئيس مجلس الشعب ليقوم بإحالته إلى إحدى اللجان المتخصصة بالمجلس لفحصه وإبداء الرأى فى مدى جواز عرضه على أعضاء المجلس للاقتراع عليه[2] .

أما مشروع القانون الذى تتقدم به الوزارة المختصة ، فقد نص قانون مجلس الدولة على وجوب عرضه على قسم التشريع بمجلس الدولة لصياغته . ويجوز للوزارة بداءة أن تعهد إلى قسم التشريع بإعداد هذا المشروع . وفى حالة الاستعجال يعرض التشريع على لجنة خاصة لصياغة مشروع القانون ، فإذا تمت صياغته أحيل بدوره إلى الوزارة المختصة لاتخاذ الاجراءات اللازمة فى هـذا الصدد لتتم إحالته إلى مجلس الشعب والذى يتولى بدوره إحالته

---

(١) راجع : د. حسن كيرة فقرة ١٢٩ ص ٢٣٤ ، و د. عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٩٦ ص ١٤٩ ، و د. مختار القاضى ص ١٢٣ وما بعدها ، و د. عبد المنعم البدراوى فقرة ٧٨ ص ١٢١ وما بعدها ، و د. عبد الناصر العطار فقرة ٨١ ص ١٧٩ وما بعدها ، و د. حمدى عبد الرحمن فقرة ٨١ ص ١٤٤

(٢) د. عبد المنعم البدراوى ص ١٢ ، و د. مختار القاضى ص ١٣٤ ، و د. حسن كيرة ص ٢٣٤ ، و د. احمد سلامة و د. حمـــدى عبد الرحمن ص ٤٦ ، و د. عبد الناصر العطار ص ١٨٠

إلى إحـدى اللجـان المتخصصـة بالمجلس لفحصـه وتقـديم تقرير عنه [١] .

٢ ـ مرحلة المناقشة والاقتراع : بعد أن تعد اللجنة المختصة بمجلس الشعب تقريرها عن مشروع القانون أو الاقتراح بقانون تقوم بعرضه على المجلس لكى يجرى المناقشة على ضوء ما انتهى إليه التقرير من آراء ونتائج .

ومما تجدر ملاحظته أن انعقاد المجلس فى صورة صحيحة لا يتم إلا بحضور أغلبية أعضائه للاقتراع على مشروع القانون أو الاقتراح بقانون ، وكل عضو حاضر فى المجلس يبدى رأيه بالموافقة أو الرفض على المشروع أو الاقتراح بعد مناقشته واستعراض الآراء المختلفة لأعضاء المجلس ، فإذا وافقت عليه الأغلبية المطلقة للحاضرين حاز الموافقة وإلا اعتبر مرفوضا ، وكذلك الحال عند تساوى الآراء فإنه يعتبر أيضا مرفوضا ، ولا يجوز إقرار القانون الذى تمت الموافقة عليه ككل إلا بعد التصويت على مواده مادة [٢] مادة [٣] .

وإذا رفض المجلس مشروع القانون المقدم من الحكومة ، جاز لهذه الأخيرة أن تعيد تقديمه مرة أخرى فى أثناء نفس دور الانعقاد الذى تم الرفض فيه ، أما الاقتراح بقانون إذا تم رفضه من مجلس

---

(١) د. عبد الفتاح عبد الباقى ص ١٤٩ ؛ و د. حسن كيرة ص ٢٣٤ ، و د. مختار القاضى ص ١٣٤ ، و د. عبد المنعم البدراوى ص ١٢٢ ، و د. عبد الناصر العطار ص ١٨٠.

(٢) مادة ٦٨ من دستور ٢٥ مارس ١٩٦٤ المعدلة بالمادة ١٠٧ من دستور ١١ سبتمبر سنة ١٩٧١

(٣) د. عبد المنعم البدراوى ص ٢٢ ، و د. أحمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن فى الوجيز فى المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧٠ ص ٤٧ ، و د. عبد الناصر العطار ص ١٨١ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ فقرة ٨٢ ص ١٤٥

الشعب فإن هذا الرفض يؤدى إلى عدم إمكان عرضه مرة أخرى فى نفس دور الانعقاد [١] .

٣ ــ مرحلة التصديق : بعد موافقة مجلس الشعب على المشروع أو الاقتراح بقانون يرسل إلى رئيس الدولة للتصديق عليه وإصداره . والتصديق يعنى موافقة رئيس الجمهورية على مشروع القانون أو الاقتراح ، ويجوز لرئيس الجمهورية بمقتضى حقه الدستوري الاعتراض على القوانين قبل إصدارها وذلك لينظر المجلس النيابى ــ مجلس الشعب ــ فى تعديلها أو العدول عنها ، وإذا اعترض رئيس الجمهورية على المشروع أو الاقتراح بقانون الذى أقره مجلس الشعب رده إليه فى خلال ثلاثين يوما من تاريخ إبلاغ المجلس إياه ، فإذا لم يرده فى خلال هذه الفترة أعتبر المشروع أو الاقتراح بقانون قانونا ويتم إصداره ، وإذا تم رده فى الميعاد المحدد سلفا إلى المجلس وأقره ثانية بموافقة ثلثى أعضائه أعتبر قانونا وأصدره[٢] دون أن يكون لرئيس الجمهورية أن يرده مرة أخرى لمجلس الشعب[٣] ، وعند انتهاء مرحلة التصديق على مشروع القانون أو الاقتراح

---

(١) مادة ١١١ من دستور ١١ سبتمبر ١٩٧١ م .

(٢) المادة ١١٣ من دستور ١١ سبتمبر سنة ١٩٧١ م .

(٣) يذهب بعض فقهاء القانون إلى عدم اعتبار حق الاقتراح وحق الاعتراض مشاركة فى ممارسة السلطة التشريعية ، ويعتبرون أن هذا العمل الصادر من رئيس الجمهورية والمتمثل فى هذين الحقين لا يعد إشراكا له فى مسألة التشريع التى نحن بصددها . انظر فى هذا المعنى د. السيد صبرى فى مبادىء القانون الدستورى ط ١٩٤٩ ص ٣٢٦ و ٣٢٧ و ٣٣١ و ٣٤٢ — ٣٥٥ ، و د. مصطفى ابو زيد فهمى فى النظام الدستورى فى الجمهورية العربية المتحدة ط ١٩٦٦ فقرات ٦٧٦ و ٦٧٨ ص ٥٨١ و ٥٨٢ ، و د. حسن كيرة فى المرجع السابق ص ٢٣٤ وهامش ٢

بقانون يصبح قانونا غير أنه لا ينفذ حتى يصدره رئيس الجمهورية وينشر بالجريدة الرسمية وتمضى المدة المحددة للعمل به [١] .

٧١ — ثالثا : الهيئة المختصة بسن التشريع الاستثنائى :

التشريع الاستثنائى : هو عبارة عن تشريع يتولى رئيس الجمهورية سنه ويقوم بإصداره فى صورة قرار جمهورى بقانون وينشر فى الجريدة الرسمية [٢] . والتشريع الاستثنائى نوعان : تشريع ضرورة ، وتشريع تفويض نفصلهما فيما يلى :

(أ) تشريع الضرورة :

يقصـــد به القانون أو القوانين التى يسنها رئيس الدولة فى حالة الضرورة وفى فترة أجازة السلطة التشريعية — كمجلس الشعب عندنا — أو فى فترة حلها أو فى غير دورة انعقادها لأى سبب آخر ، وهذا الحق خول له بمقتضى المـــادة ١٤٧ من دستور سنة ١٩٧١ فقد أجازت له سن هذا التشريع بشروط تتلخص فى النقاط التالية :

١ — أن يكون هذا الإصدار الضرورى للتشريع فى غيبة مجلس الشعب .

٢ — وأن تقوم حالة الضرورة بحدوث ما يوجب الإسراع فى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير وهو أمر ترك تقديره لرئيس الجمهورية ، فهو وحده الذى يقدر قيام حالة الضرورة من عدمها .

(١) د. منصور مصطفى منصور فى دروس فى المدخل لدراسة العلوم القانونية ط ١٩٧٦ فقرة ٥٦ ص ١٠٦ ، و د. عبد الفتاح عبد الباقى المرجع السابق ص ١٥١ ، و د. عبد الناصر العطار ص ١٨١ و ١٨٢ ، و د. حمدى عبد الرحمن ص ١٤٦

(٢) د. عبد الناصر العطار فى مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية فقرة ٨٢ ص ١٨٢

٣ ــ وأن يعرض هذا التشريع على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدوره إذا كان المجلس قائما وإلا فيعرض فى أول اجتماع فى حالة حله أو وقف جلساته . فإذا لم يتم عرضه على مجلس الشعب زال بأثر رجعي ويعد كأن لم يكن دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك . أما إذا تم عرضه على المجلس ولم يقره فإنه يزول أيضا بأثر رجعى ما كان له من قوة القانون ما لم ير المجلس اعتماد نفاذه فى الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثاره على النحو الذى يحدده [١] .

(ب) تشريع التفويض :

هو التشريع الذى يسنه رئيس الدولة بناء على تفويض مسبق من السلطة التشريعية يجيز له ذلك أثناء انعقادها [٢] . وقد أجازت المادة ١٠٨ من دستور ١٩٧١ ــ وهو دستور جمهورية مصر العربية الدائم ــ أن يصدر رئيس الجمهورية تشريع التفويض بشروط هى :

---

(١) وينبغى أن يكون معلوما لدى الجميع ان تشريعات الضرورة التى تسنها السلطة التنفيذية فى الحدود المذكورة فى المتن يجب ان لا تكون مخالفة لأحكام الدستور رغم ان كلا من الدستور الجديد لسنة ١٩٧١ و دستور سنة ١٩٥٦ ، ودستور سنة ١٩٦٤ ــ على خلاف دستور ١٩٢٣ ــ قد اغفل تأكيد ذلك ، إذ ما دامت السلطة التشريعية وهى السلطة الأصيلة لا تملك مخالفة التشريع الأعلى وهو الدستور ــ كما سنرى ــ فيما تسنه من قوانين؛ فمن باب اولى لا تملك السلطة التنفيذية وهى سلطة بديلة طارئة أن تخالف الدستور فيما تسنه مواجهة لأحوال الضرورة من قرارات لها قوة القانون . انظر د. حسن كيرة ص ٢٣٧ و ٢٣٨ ، و د. عثمان خليل فى النظام الدستورى المصرى ط ١٩٠٦ ص ٢١٣ ، و د. عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٩٦ مكرر ص ١٥١ وما بعدها ، و د. عبد الناصر العطار ص ١٨٢

(٢) د. عبد الناصر العطار فى مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ط ١٩٧٩ ص ١٨٢ ، و د. عبد الودود يحيى فى دروس فى مبادىء القانون ط ١٩٧٨ ص ٦٥ و ٦٦ ، و د. توفيق فرج فى المدخل للعلوم القانونية ط ١٩٧٦ ص ١١٤ ، و د. حسن كيرة فى المدخل إلى القانون ط ١٩٧٤ ص ٢٣٨

١ - أن تقوم حالة ضرورة أو أحوال استثنائية .

٢ - وأن يصدر تفويض من مجلس الشعب لرئيس الجمهورية بأغلبية ثلثى أعضائه جميعا على الأقل .

٣ - وأن يكون هذا التفويض لمدة محددة .

٤ - وأن تحدد فى التفويض موضوعات التشريع المفوض رئيس الجمهورية بإصداره .

٥ - وأن يعرض هذا التشريع على مجلس الشعب فى أول جلسة بعد انتهاء المدة المحددة للتفويض ، فإذا رفضه مجلس الشعب زال ما كان له من قوة القانون ويعتبر كأن لم يكن [١] .

ومما تجدر ملاحظته أن دستور ١١ سبتمبر سنة ١٩٧١ أطلق على تشريع الضرورة وتشريع التفويض عبارة (قرارات لها قوة القانون) ويسميها البعض بلوائح الضرورة ولوائح التفويض ، ونفضل أن يطلق عليها التشريع الاستثنائى لأن هذه التشريعات تعد استثناء من القواعد العامة المعول عليها عند إصدار التشريع العادى .

٧٢ - رابعا : الهيئة المختصة بسن التشريع الفرعى أو اللوائح :

التشريع الفرعى أو اللائحى Légiselalion réglementaire هو تشريع تصدره السلطة التنفيذية لتنظيم وتفصيل التشريع العادى ، لترتيب المرافق والمصالح العامة ، ولحفظ الأمن وصيانة الصحة العامة ، أو هو التشريع الذى تسنه السلطة التنفيذية بمقتضى الاختصاص المخول لها فى الدستور

---

(١) د. عبد الفتاح عبد الباقى فى نظرية القانون ط ١٩٦٦ ص ١٥٢ وما بعدها ، و د. حسن كيرة فى المرجع السابق ص ٢٣٨ وما بعدها ، و د. عبد الناصر العطار فى المرجع السابق ص ١٨٢ وما بعدها ، ومحاضراتنا فى المدخل لدراسة القانون - نظرية القانون - (على الآلة الضاربة سنة ١٩٨٤) ص ٤١

باعتبار صفتها هذه ، لا باعتبارها حالة محل السلطة التشريعية حلولا مؤقتا ، فاختصاصها بهذا التشريع أصلى يثبت لها ابتداء ومع قيام السلطة التشريعية [١] .

وتحتوى اللائحة على قواعد عامة ومجردة ، وبالتالى فهى تشتبه بالقانون من الناحية الموضوعية ، ولكنها تختلف عنه فى أمور عديدة ، فمن الناحية الشكلية يصدر القانون عن السلطة التشريعية التى تنفرد بهذا الاختصاص فهى وحدها التى تمارسه (ما عدا التشريعات الاستثنائية التى تستدعيها حالة الضرورة أو التفويض فإنها تصدر من رئيس الجمهورية) أما اللائحة فتصدر عن السلطات الإدارية. ومن ناحية أخرى نجد أن نطاق نشاط اللائحة يتقيد بمبدأ عام هو ضرورة خضوعها لأحكام القانون لأنها أقل منه فى سلم التدرج التشريعى ولذلك يطلق عليها التشريعات الفرعية ، كما أن هناك مجالات أخرى لا يمكن للائحة أن تقتحمها لأن التشريع الوضعى يحتفظ فيها بمطلق سلطانه [٢] .

---

(١) راجع : د. حسن كيرة المرجع السابق فقرة ١٣٠ ص ٢٣٩ ، و د. عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٩٧ ص ١٥٣ ، و د. مختار القاضى فى أصول القانون ط ١٩٦٧ ص ١٣٥ ، و د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون ط ١٩٧٠ فقرة ٨١ ص ١٢٦ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون فقرة ١٠٤ ص ١٧٣ ، و د. عبد الناصر العطار فقرة ٨٣ ص ١٨٣ ، و د. احمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن فى الوجيز فى المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧٠ ص ٥٠ .

(٢) ومن المسائل التى يحتفظ فيها القانون بسلطانه الكامل نذكر على سبيل المثال : فى مجال الحقوق المدنية للمواطنين ، الحالة ، الأهلية ، الجنسية ، الجرائم والعقوبات . نظام الانتخاب ، التأميم . راجع فى ذلك د. سليمان الطماوى فى القرارات الإدارية ص ٤٧٣ وما بعدها وعلى الأخص ص ٤٨٢ وما بعدها ، وقد قضت المحكمة العليا فى هذا المعنى ، بعدم دستورية أية لائحة تتولى تنظيم امر محجوز للقانون ، وداخل بالتالى فى اختصاص السلطة التشريعية ، جلسة ٣ يوليو سنة ١٩٧١ فى القضية رقم ٤ (دستورية) السنة الأولى قضائية . وراجع ايضا د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون فقرة ١٠٤ وص ١٧٣ هامش ١ و د. احمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن فى الوجيز فى المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧٠ ص ٥٠ وما بعدها .

والأصل كما عرفنا أن الهيئة التشريعية أى مجلس الشعب عندنا هى التى تتولى سن كل أنواع التشريع ، لكن الضرورات العملية تحول دون تحقيق ذلك خصوصا مع اتساع مهام الدولة ، فكان من الحكمة إقرار سلطة إصدار قواعد عامة فى صورة لوائح لغير مجلس الشعب أى للسلطة التنفيذية ، لأن السلطة التشريعية — كما أسلفنا — لا تستطيع حين تضع القوانين أن تتعرض لكافة التفصيلات ، لذا كان من الملائم إعطاء السلطة التنفيذية أداة تشريعية لتنظيم ما يدخل فى اختصاصاتها الإدارية كمسائل التنظيم والأمن والشرطة ، لأن الهيئات الإدارية هى أكثر احتكاكا بالحياة العملية . لذلك تحقق اللائحة للتشريع الوضعى عنصرا من عناصر المرونة الضرورية . ويتأكد هذا الدور إذا علمنا أن اللائحة يمكن تغييرها لمواجهة تطور الحياة الاجتماعية مع بقاء القانون على حالته ، كما يمكن وضعها بصورة تختلف من إقليم إلى آخر فى إطار الدولة الواحدة ، وتلك اعتبارات يصعب على الأداة التشريعية تحقيقها فى الغالب دون معاونة من السلطة التنفيذية[1] .

ويلاحظ أن السلطة التنفيذية — كما قلنا — تتولى سن التشريعات الفرعية بصفة أصلية وليس بناء على تفويض من السلطة التشريعية أو فى غيابها كما هو الحال فى التشريع الاستثنائى ، وإنما تتولى السلطة التنفيذية سن هذه التشريعات بناء على قانون يعهد إليها بذلك غالبا .

٧٣ — أنواع التشريع الفرعى أو اللائحى :

يصدر التشريع الفرعى فى صورة لوائح وللتشريع الفرعى أو اللائحى ثلاثة أنواع :

---

(١) د. أحمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن فى المرجع السابق ص ٥٠ و ٥١ و د. حمدى عبد الرحمن فى المرجع السابق ص ١٧٣ وما بعدها ، و د. عبد الناصر العطار فى المرجع السابق ص ١٨٣ وما بعدها .

١ ــ اللوائح التنفيذية •

٢ ــ اللوائح التنظيمية •

٣ ــ لوائح الضبط أو لوائح الشرطة ، لأن اللوائح إما أن يقصد بها تنفيذ التشريع العادى الذى يصدر عن الهيئة التشريعية فتعرف باسم « اللوائح التنفيذية » ، وإما أن يقصد بها تنظيم المصالح والمرافق العامة فتعرف باسم « اللوائح التنظيمية » وإن يقصد بها حفظ الأمن العام والصحة العامة فتعرف باسم « لوائح البوليس » أو « لوائح الضبط » ونعرض بإيجاز لكل منها على التوالى •

٧٤ ــ (١) اللوائح التنفيذية :

هذه اللوائح (réglements en exécution des lois) هى التى تصدر تنفيذاً للقانون ، وتتضمن التفصيلات اللازمة لهذا التنفيذ • أو هى اللوائح التى تصدر تنفيذا للقانون الصادر من السلطة التشريعية ، وتعرف أيضا بأنها مجموعة من القواعد المفصلة تلزم لتنفيذ قانون صادر من الهيئة التشريعية[(١)] •

ذلك أن القانون كثيرا ما يقتصر على وضع الأسس والقواعد العامة للتنظيم تاركا جميع القواعد التفصيلية للسلطة التنفيذية فهى أقدر على تعرف التفصيلات والجزئيات اللازمة لوضع هذه الأسس والقواعد موضع التنفيذ لأنها أكثر احتكاكا واتصالا بالجمهور •

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون ط ١٩٧٠ فقرة ٨٢ ص ١٢٦ وما بعدها ، و د. حسن كيرة المرجع السابق فقرة ١٣٠ ص ٢٤٠ ، و د. مختار القاضى فى أصول القانون ص ١٣٥ ، و د. عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٩٨ ص ١٥٤ وما بعدها ، و د. احمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن فقرة ٢٣ ص ٥١ ، و د. عبدالناصر العطار فقرة ٨٤ ص ٨٤ وما بعدها ، و د. حمدى عبد الرحمن فقرة ١٠٥ ص ١٧٤ وما بعدها .

فمثلا عندما يوافق مجلس الشعب على قانون بوضع حد أقصى للملكية ، فإن القانون ينص على مقدار هذا الحد ، والتصرفات الجائزة لذلك ، والتعويض المقرر فى هذا الصدد عند الاستيلاء على القدر الزائد عن الحد الأقصى ، والعقوبة المقررة عند مخالفة هذا القانون ، ثم يصدر بعد ذلك رئيس الجمهورية أو الوزير المختص بحسب الأحوال لائحة تنفيذية تتناول تفصيل بيانات اقرارات الملاك وميعاد تقديمها ، وطريقة فحصها ، وطريقة تنفيذ الاستيلاء بالفعل على الأراضى الزائدة على الحد الأقصى ، وطريقة التظلم من قرارات الاستيلاء ، والفصل فيها .. الخ . وبلا شك تعرض السلطة التشريعية لهذه التفصيلات يضيع الكثير من وقتها وجهدها ويجعلها تقصر عن بحث أو نظر مشروعات القوانين الأخرى . فضلا عن أن الحكومة فى هذا النطاق أقدر على معالجة مشاكل التنفيذ ووضع ما يلائم من قواعد لتنفيذ القانون [١].

ومن أمثلة اللوائح التنفيذية الصادرة من رئيس الجمهورية تنفيذا للقانون القرار الجمهورى الصادر باللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الجامعات ، ومنها أيضا القرار الجمهورى باللائحة التنفيذية لقانون البنوك والائتمان [٢] .

ومن أمثلة القوانين التى أعطت الوزير سلطة إصدار اللوائح والقرارات القانون رقم ١٩٥ لسنة ١٩٥٩ بإصدار قانون هيئات التأمين ، فقد نص فى مادته الثامنة على أن لوزير الاقتصاد أن يصدر القرارات واللوائح اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون .

وتستمد السلطة التنفيذية اختصاص إصدار اللوائح التنفيذية

---

(١) د. عبد الناصر العطار المرجع السابق ص ١٨٤ و ١٨٥

(٢) صدرت اللائحة التنفيذية لقانون البنوك والائتمان فى ١١ نوفمبر سنة ١٩٥٨ م .

ـ كما عرفنا ـ بغير حاجة إلى نص صريح فى القانون . غير أن القانون حين ينص على صدور لائحة تنفيذية لأحكامه فإن إصدارها يصبح ملزما للسلطة التنفيذية التى تحرم فى هذه الحالة من سلطة التقدير . لكن هل يتوقف نفاذ القانون على صدور لائحة تنفيذية ؟.

يذهب الفقه القانونى إلى أن نفاذ القانون لا يتوقف على صدور لائحة تنفيذية إلا فى حالتين :

(أ) حالة النص الصريح على ذلك .

(ب) حالة تعذر أو استحالة تطبيق القانون بغير لائحة [1] .

٧٥ ـ (٢) اللوائح التنظيمية :

اللوائح التنظيمية ويقال لها بالفرنسية **règlements d'organisation ou règlements organique** وهى التى توضع لتنظيم المرافق العامة وترتيبها وتنسيق سير العمل فى المصالح والإدارات الحكومية ، وهذه اللوائح التنظيمية ـ بعكس سابقتها ـ لا تصدر تنفيذا لقانون سبق صدوره ، بل تصدر استقلالا لتنظيم موضوعات جديدة [2] .

ومن أمثلتها اللوائح التى تصدر لتنظيم سير العمل بمرفق النقل

---

(١) راجع : د. احمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن فى الوجيز ط ١٩٧٠ فقرة ٢٣ ص ٥١ وما بعدها ، و د. حسن كيرة فى المدخل ط ١٩٧٤ ص ٢٤٠ ، و د. عبد الفتاح عبد الباقى فى نظرية القانون ط ١٩٦٦ ص ١٥٥؛ و د. مختار القاضى فى أصول القانون ط ١٩٦٧ ص ١٣٥ ؛ و د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون ط ١٩٧٠ فقرة ٨٢ ص ١٢٦ وما بعدها ، و د. عبد الناصر العطار فى مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ط ١٩٧٩ ص ١٨٤ وما بعدها ؛ و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون فقرة ١٠٥ ص ١٧٤ وما بعدها .

(٢) د. عبد المنعم البدراوى المرجع السابق فقرة ٨٣ ص ١٢٧

العام أو تنظيم إحدى المصالح العامة الأخرى . ويقصد هنا بترتيب المصالح العامة معنى واسعا . فهو يشمل الإنشاء والتعديل والإلغاء .

وتتولى الحكومة وضع اللوائح التنظيمية لأنها المهيمنة على المصالح الحكومية والمسئولة عن حسن سيرها ، والخبيرة بأنسب الوسائل والطرق لتنظيمها ، وقد أسند إصدار هذه اللوائح لرئيس الجمهورية ، فيصدر بها قرار جمهورى ليتم العمل بمقتضاها ، وهذا الحق يخص رئيس الجمهورية وحده وبذاته ، فلا يملك تفويض غيره فى سنها [١] .

٧٦ — (٣) لوائح الضبط أو لوائح الشرطة réglements de police :

وهى اللوائح التى تصدر لتأكيد حماية الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة ، وتعد هى الأخرى من اللوائح المستقلة ، أى التى لا تستند إلى تشريع رئيسى تقوم بتنفيذه [٢] .

---

(١) وكان قد ثار خلاف فى الفقه القانونى فى ظل الدساتير المصرية السابقة حول مدى حق السلطة التنفيذية فى إنشاء المصالح العامة عن طريق اللوائح التنظيمية ، وقد حسم هذا الخلاف الدستور الحالى الصادر فى ١١ سبتمبر ١٩٧١ حيث نص صراحة على إعطاء السلطة التنفيذية هذا الحق بقوله : « يصدر رئيس الجمهورية القرارات اللازمة لانشاء وتنظيم المرافق والمصالح العامة » ، (م ١٤٦) فهذا النص اعطى رئيس الجمهورية وحده حق إصدار هذه القرارات . ولم يرد فى النص الذى خول له ذلك مجرد إشارة إلى امكان تفويضه لغيره فى سن اللوائح التنظيمية ، وذلك على خلاف النص الوارد فى شأن اللوائح التنفيذية ، ومن هذا نعلم صراحة عدم امكان التفويض فى هذه القرارات . انظر د. حسن كيرة فى المدخل إلى القانون ط ١٩٧٤ ص ٢٤١ ، و د. عبد المنعم البدراوى فى المرجع السابق فقرة ٨٣ ص ١٢٧ ، و د. عبد الناصر العطار فى المرجع السابق ص ١٨٥ ، و د. احمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن فى المرجع السابق فقرة ٢٤ ص ٥٢ ، وايضا د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون فقرة ١٠٧ ص ١٧٧ وما بعدها .

(٢) د. عبد المنعم البدراوى فقرة ٨٤ ص ١٢٨ ، و د. عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٩٨ ص ١٥٤ ، و د. حسن كيرة ص ٢٤١ ، و د. مختار =

ومن أمثلتها لوائح المرور ، واللوائح المتعلقة بالمحلات المقلقة للراحة أو المضرة بالصحة ولوائح الضبط أخطر من اللوائح التنظيمية التى لا تمس الأفراد فى حرياتهم وأموالهم مباشرة ، لأنها تتعدى إلى ذلك . ومن الطبيعى لكى تحمى لوائح الضبط الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة أن تمس السلطة التنفيذية حرية الأفراد وتصرفاتهم فتحد منهـا بشكل أو بآخر . ولذلك يفرض قضاء مجلس الدولة بعض المبادىء على سلطان الإدارة فى هذا الشأن ، فيجب عليها أن تلتزم جانب التوفيق بين مقتضيات النظام العام وبين متطلبات حريات الأفراد وحقوقهم كما أن الشك فى مشروعية اللائحة يجب أن يفسر لمصلحة الحرية أى لمصلحة الفرد .

ونظرا لخطورة هذه اللوائح فإن الجدل يثور حول مدى دستوريتها فى ظل الدساتير التى لم تضع نصوصا صريحة بإباحتها [١] .

لذا يجب فى هـذا الصدد أن لا تترك لوزارة الداخلية أو وزارة الصحة العامة فى إصدار اللوائح المقيدة للمواطن بحجة أنهما أقدر من سواهما على حماية الأمن العام أو صيانة الصحة العامة ، بل يجب أن توضع ضوابط تصون حرية المواطن وتحميه من تجاوزات هذه اللوائح لأن الهدف الأسمى لأى تشريع سـماوى أو وضعى هو تحقيق الأمن

= القاضى ص ١٣٦ ، و د. احمد سلامة و د. حمـدى عبد الرحمن ص ٥٢ ، و د. عبد الناصر العطار ص ١٨٥ ، و د. حمدى عبد الرحمن فقـرة ١٠٨ ص ١٧٨

(١) راجع : د. سليمان الطماوى فى القرارات الإدارية ص ٥٠٧ و ٥٠٨ ، و د. محمود حافظ فى محاضرات فى المبادىء الدستورية العـامة ط ١٩٥٦ ص ٤٠٠ وما بعدها ، و د. يحيى الجمل فى النظام الدستورى فى جمهورية مصر العربية ط ١٩٧٤ ص ٢١٢ و ٢١٣ ، و د. طعيمة الجرف فى القانون العام دراسة مقارنة لنظم الحكم والإدارة (القسم الثانى) ط ١٩٦٢ ص ٤١ ، و د. ماجد الحلو فى القانون الدستورى ط ١٩٧٦ ص ١٧١

والاستقرار والسعادة للإنسان بأقل قدر ممكن من القيود • من هـذا المنطلق وعلى أساسه ينبغى أن تصدر هذه اللوائح خاصة والتشريعات الوضعية عامة [1] •

٧٧ — إصدار التشريع الوضعى :

يتم سن التشريع الوضعى بموافقة رئيس الجمهورية عليه ، أو بعدم اعتراضه عليه فى المدة المحددة فى الدستور ، أو باقراره بعد الاعتراض عليه بالأغلبية التى يستلزمها الدستور فى هذه الحالة ، كما أسلفنا •

وبهذا يتم عمل السلطة التشريعية ، ويوجد القانون ، ولكنه لا ينفذ إلا باجراء يتخذه رئيس الجمهورية بصفته رئيس السلطة التنفيذية المعهود إليها تنفيذ القانون •

فالإصدار La promulgation للتشريع الوضعى ، هو عمل صادر من رئيس السلطة التنفيذية وهو رئيس الجمهورية • ويقصد به أمران :

---

(١) ومن المعلوم ان القضاء يتشدد خصوصا فى فرنسا ، فى رقابته لمشروعية لوائح الضبط ، خاصة من زاوية الغرض الذى تستهدفه . فقـد قضى مجلس الدولة الفرنسى ، فى اكثر من مناسبة بإلغاء اللائحة إذا وجـد ان لها هدفا آخر سوى حماية الأمن العام ، او الصحة العامة ، او السكينة العامة ، وفى مجال الأمن العام لا يقر القضاء المذكور مشروعية اللائحة إلا إذا برر صدورها تهديد جدى بالاضطراب او الخلل العام ، كما يتعين ان يكون موضوع اللائحة ضروريا ومتناسبا مع الوضع الذى يستدعى اقرارها . راجع : حكم لمجلس الدولة الفرنس فى ١٩ مايو سنة ١٩٣٣ منشور فى داللوز ١٩٣٤ — ٣ — ١ ومذكرة الأستاذ Michel ، والمراجع المشـار إليهـا فى د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ ص ١٨٠ هامش ١ ، وانظر ايضا د. السيد صبرى فى القانون الدستورى (الطبعة الرابعـة) ص ٤٧٠ ، و د. وجيد رافت فى القانون الإدارى ص ٦٠٧ ، و د. عبد الحميد متولى فى القانون الإدارى ط ١٩٣٨ ص ٥٣ و ٥٤ ، و د. مختار القاضى فى أصول القانون ط ١٩٦٧ ص ١٣٦ وما بعدها ، و د. حسن كيرة فى المدخل إلى القانون ط ١٩٧٤ ص ٢٤١ وما بعدها .

١ ــ إثبات وجود التشريع ، أى إعلان أن السلطة التشريعية قد أصدرت قانونا وفقا لأحكام الدستور • فيعد هذا الإصدار بمثابة شهادة الميلاد للقانون الجديد •

٢ ــ أمر رئيس السلطة التنفيذية لسائر أعضاء هذه السلطة وعمالها بتنفيذ التشريع الجديد كقانون من قوانين الدولة فيصبح هذا القانون واجب النفاذ [١] •

ولم يتضمن الدستور ميعادا يجب حصول الإصدار فى خلاله • ذلك أن إصدار التشريع واجب على الرئيس فورا بمجرد تمام العمل التشريعى • والعمل التشريعى يتم ــ كما بينا ــ بموافقة رئيس الجمهورية عليه أو بانقضاء الميعاد المحدد للاعتراض من جانبه ــ ثلاثون يوما ــ أو بموافقة الأغلبية العامة ــ ثلثى الأعضاء ــ فى حالة اعتراضه على التشريع [٢] •

ولذلك فالاصدار واجب على رئيس السلطة التنفيذية ، لأنه إذا تقاعس أو لم يفعل يكون قد عطل تنفيذ قانون اعتمدته السلطة التشريعية ، وفى هذا اعتداء عليها ، فلا يجوز له الامتناع عن الإصدار أو تأخيره •

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون ط ١٩٧٠ فقرة ٧٩ ص ١٢٣ وما بعدها .

(٢) من الأفضل ان ينص فى الدستور على تحديد مدة معينة ، يجب على رئيس الجمهورية خلالها إصدار القوانين التى يسنها المجلس النيابى (مجلس الشعب) حتى لا يتمكن بذلك من تعطيل تنفيذ القوانين بتأخير إصدارها تحت ستار عدم وجود ما يلزمه بهذا الاصدار فى وقت محدد ، وهذا العيب وقعت فيه جميع الدساتير المصرية المتعاقبة فلم ينص فيها على تحديد امد معين يلتزم رئيس الدولة باصدار التشريع الوضعى فى خلاله ، وهذا يوجب انتقادها واعادة النظر فى تعديلها بما يحقق المصلحة العامة لجموع المواطنين . انظر : د. حسن كيرة فى المرجع السابق ص ٢٤٤ ، و د. عبد المنعم البدراوى فى المرجع السابق ص ١٢٣ و ١٢٤ ، و د. عبد الفتاح عبد الباقى فى المرجع السابق فقرة ١٠٠ ص ١٥٦ و ١٥٧

ولا يلزم رئيس الجمهورية بانتظار مدة الثلاثين يوما المحددة للاعتراض ليصدر القانون • فهو يستطيع بمجرد إبلاغه بالقانون أن يصدره إذا كان لا يبدى أى اعتراض عليه ، واصداره الفورى للقانون يحمل بين طياته موافقته على المشرع وعدم استعماله حق الاعتراض •

وليست هناك صيغة محددة لإصدار التشريع الدستورى ـ الأساسى ـ ولكن التشريع الرئيسى وهو القانون العادى يصدر بالنص الآتى :

« باسم الشعب [١]

رئيس الجمهورية

قرر مجلس الشعب القانون الآتى نصه وقد أصدرناه :

نص القانون

المادة الأولى ••

المادة الأخيرة ، ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية ويعمل به ••••• ويبصم هذا القانون بخاتم الدولة ، وينفذ كقانون من قوانينها »•

---

(١) إن إصدار التشريع الرئيسى « باسم الشعب » يعد مخالفا لاحكام الشريعة الإسلامية ولدستورنا الحالى (دستور سنة ١٩٧١) الذى نص فى مادته الثانية على أن الشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع ، وكل ما يخالف الشريعة الإسلامية صراحة يعد مخالفا للدستور ومتعارضا مع ما جاء فى صريح مادته سالفة الذكر ، وحجتنا فى مخالفة تصدير التشريع الرئيسى أو اى تشريع آخر باسم غير اسم الله ، ما جاء من نهى قطعى فى السنة عن القسم بغير الله حيث روى سعد بن عبيدة أن ابن عمر سمع رجلا يقول: « لا والكعبة، فقال له : لا تحلف بغير الله ، فإنى سمعت رسول الله ﷺ يقول : من حلف بغير الله فقد كفر أو اشرك » وفى بعض النسخ (فقد كفر وأشرك) • اخرجه الترمذى وقال هذا على التغليظ (انظر جامع الأصول فى أحاديث الرسول =

أما التشريع الفرعى فيصدر فى صيغة مقاربة من هذه الصيغة ويصدره رئيس الجمهورية أو الوزير المختص . وتتضمن هذه الصيغة عادة أمر بنشر التشريع الفرعى وتاريخ بداية العمل به .

=

لابن الأثير حديث رقم ٩٢٧٨ جـ ١١ ط ١٩٧٢ ، وأيضا روى عبدالله بن عمر بن الخطاب رضى الله عنه « أن النبى ﷺ سمع عمر وهو يحلف بأبيه ، فقال : إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم فمن كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت » رواه البخارى فى جـ ١١ ص ٤٦١ و ٤٦٢ فى باب الأيمان والنذور ، ومسلم برقم ١٦٤٦ فى الأيمان ، والترمذى برقم ١٥٣٤ ، وفى جامع الأصول لابن الأثير ط ١٩٧٢ برقم ٩٢٨١ ، وتزييل الحديث جاء بروايات منها « فمن كان حالفا فلا يحلف إلا بالله ، أو ليسكت » ، والأحاديث فى هذا الشأن عديدة يمكن الرجوع إليها فى الكتب الصحاح . ومن المعلوم لغة أن كلمة باسم الشعب قسم بالشعب ، وهذا القسم كما أثبتنا لا يجوز شرعا ، فهو مخالف مخالفة صريحة لشرع الله ورسوله ، والدستور يعتد بالشريعة الإسلامية ، وينكر ما تنكره وعلى ذلك فاعلان التشريع الرئيسى بهذه الصورة مخالف مخالفة صريحة للدستور .

وللأسف كانت الصيغة الأولى التى يصدر فيها التشريع الأساسى أفضل من هذه الصيغة حيث كانت ترد مصدرة بالنص الآتى :

« مجلس الأمة »

« رئيس الجمهورية »

« قرر مجلس الأمة القانون الآتى نصه وقد أصدرناه » .

وهذه الصيغة كانت فى نظرنا أفضل من الصيغة المعمول بها الآن ، لأنها غير مصدرة بشىء منهى عنه شرعا لصريح النصوص الواردة فى كتب السنة الصحاح ، والأفضل من هذين الاتجاهين فى نظرنا ويوافق الشريعة ، والدستور أن يبدأ الاصدار للتشريع الوضعى بكافة صوره بكلمة (باسم الله .. رئيس الجمهورية .. قرر مجلس الشعب نيابة عن الشعب أو المفوض عن الشعب القانون الآتى نصه وقد أصدرناه) . هذا ما نقترحه على ولاة الأمر لتجمع بين الحسنيين ، الابتداء باسم الله كما تعلمنا شريعة الإسلام ، ثم الإعلان نيابة عن الشعب كأن القانون صدر من الشعب ذاته وهذا هو ما يهدف إليه المشرع الوضعى . وهذا الاقتراح لا يعد تمسكا منا بالشكل لأن الأمر يتصل بالعقيدة ، وأمور العقيدة ينبغى أن يراعى فيها الجوهر والمظهر لأنها من لدن حكيم خبير .

ويشار إلى التشريعات الوضعية فى مصر برقم مسلسل خلال السنة التى صدرت فيها ويأخذ التشريع تاريخ إصداره بواسطة رئيس الجمهورية. فيقال مثلا القانون رقم ٢٠٠ لسنة ١٩٥٧ الصادر فى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٥٧ . والتاريخ الأخير يوجد فى ذيل التشريع : صدر برياسة الجمهورية فى ٢٧ جمادى الآخرة سنة ١٣٧٧ هـ (٢٨ ديسمبر سنة ١٩٥٧) .

٧٨ — نشر التشريع الوضعى :

التشريع الوضعى يصبح واجب النفاذ باصداره . ولكن لا يجوز أن يطبق فى حق الأفراد إلا إذا توافرت لهم وسيلة العلم به ، لأن العدالة تقتضى أن يعلق تطبيق القانون على نشره حتى يتاح للأفراد فرصة العلم به ، وعندئذ يسألون عن التزام أحكامه .

فالنشر publication عبارة عن إجراء يقصد به تمكين الأفراد من العلم بالقانون ليكونوا ملزمين بأحكامه . ولهذا نجد الدولة تنشر التشريع فى (الجريدة الرسمية) أو فى (الوقائع المصرية) كوسيلة تمكن الأفراد من العلم به [١] .

وتصدر الجريدة الرسمية أسبوعيا ، ويجوز فى الحالات العاجلة إصدار أعداد غير عادية من الجريدة الرسمية فى غير المواعيد المقررة [٢] . والوقائع الرسمية ما هى إلا ملحق للجريدة الرسمية مستقل تنشر به جميع القرارات الوزارية وقرارات الهيئات العامة وإعلانات الحكومة ، وغير ذلك مما تقضى القوانين والقرارات بضرورة نشره . وبالتالى ينشر التشريع الفرعى بالوقائع المصرية عدا اللوائح التى تصدر بها قرارات جمهورية

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى المرجع السابق فقرة ٨٠ ص ١٢٤ وما بعدها ، و د. عبد الناصر العطار فى المرجع السابق فقرة ٨٦ ص ١٨٧ وما بعدها .

(٢) قرار رئيس الجمهورية رقم ٩٠١ لسنة ١٩٦٧ م

لأن القرارات الصادرة من رئيس الجمهورية أو نوابه فيما يختصون أو يفوضون فيه من الرئيس تنشر بالجريدة الرسمية . وتصدر الوقائع المصرية يومية[١] .

والنشر فى غير الجريدة الرسمية أو الوقائع المصرية[٢] لا يغنى عن النشر فى أيهما ، مهما تعددت وسائل الإعلام أو تم النشر بصورة واسعة عن طريق الإذاعة المسموعة أو المرئية ، فالتشريع لا يعتبر منشورا نشرا يعتد به قانونا إذا لم يرد ذكره فى الجريدة الرسمية أو الوقائع المصرية[٣] .

٧٩ — نفاذ التشريع الوضعى :

إذا نشر التشريع الوضعى فى الجريدة الرسمية ، فإنه لا يلزم من نشره وجوب نفاذه على الفور ، فقد نصت المادة ٦٧ من الدستور المؤقت

---

(١) قرار رئيس الجمهورية رقم ٩٠١ لسنة ١٩٦٧ م .

(٢) يمكن الحصول على الجريدة الرسمية والوقائع المصرية من صالة بيع المطبوعات الحكومية (بميدان الأوبرا بالقاهرة) .

(٣) والنشر المقصود ليس هو مجرد ادراج التشريع فى الجريدة الرسمية او الوقائع المصرية اى طبعه فيها ، ولكن المراد فى الحقيقة هو توزيع الجريدة بعد ذلك ، لأن هذا التوزيع هو الذى يتيح لناس فرصة معرفة القانون ، ومن ثم يسوغ افتراض علمهم به ، وقد ايدت المحكمة العليا هذا الاتجاه ، فقد جاء فى هذا المعنى نقض ٢٤ يونية سنة ١٩٥٨ ، بمجموعة النقض المدنية س ٩ ص ٦١٩ رقم ٨١ وتتلخص وقائع الدعوى التى صدر فيها هذا الحكم فى أن قانونا صدر متضمنا ما يقض بوجوب العمل به فور نشره . وطبع القانون فى الجريدة الرسمية فى نفس يوم صدوره . وادعى احد الخصوم بأن توزيع الجريدة تأخر بعد ذلك — وطلب عدم سريان القانون على دعواه ، نتيجة هذا التأخير . لم تلتفت المحكمة الخاصة بموضوع النزاع إلى هذا الدفاع منه ، مستندة إلى ما تضمنه القانون من وجوب العمل به فور نشره فى الجريدة الرسمية ، وبأن النشر المراد به قانونا « التاريخ الذى يدرج فيه القانون فى الجريدة الرسمية » . وقد خطأت المحكمة العليا هذا النظر ، ذاهبة إلى ان مجرد طبع القانون فى الجريدة لا يكفى ، إذا تأخر توزيعها . إذ أن افتراض علم الكافة بالقانون مرهون بعدم قيام اسباب تحول حتما دون قيامه ، انظر فى ذلك د. عبد الفتاح عبد الباقى فى نظرية القانون ط ١٩٦ ص ١٥٩ وهامش ١

الصادر فى سنة ١٩٥٨ والمـادة ١٨٧ من دستور سـنة ١٩٥٦ على أن القوانين يعمل بها بعد عشرة أيام من تاريخ نشرها • وفقا لهذين الدستورين تحسب هذه الأيام العشرة ابتداء من اليوم التالى لتاريخ النشر ، أى يوم النشر لا يحسب ، وتنتهى المدة بانتهاء اليوم العاشر • على أنهما قد أجازا مد هذا الميعاد أو تقصيره بنص خاص فى القـانون ، أى بمقتضى إرادة السلطة التى سنت التشريع • فيصح أن تقرر هذه السلطة نفاذ القانون فور نشره ، وقد تمد أجل نفاذه لمدة أطول حسب مقتضيات الحال •

وقد جاء الدستور المؤقت الصادر فى ٢٥ مارس سنة ١٩٦٤ م خاليا من النص الوارد فى دستورى ١٩٥٦ و١٩٥٨ والخاص بتحديد وقت معين للعمل بالقوانين عقب نشرها بصورة رسمية — كما أسلفنا — ولذلك كان يعمل بالقانون فور نشره ما لم ينص القانون ذاته على ميعاد آخر ، وظل الحال على ذلك فى ظل دستور سنة ١٩٦٤ م • ثم نص دستور سنة ١٩٧١ الحالى على أن يعمل بالقانون بعد شهر [١] من اليوم التالى لتاريخ نشره فى الجـريدة الرسـمية أو الوقائع المصرية ، إلا إذا حدد فيـه ميعاد آخر [٢] •

٨٠ — عدم جواز الاعتذار بجهل القانون :

يفترض علم الكافة بالقانون بغض النظر عن علمهم فعلا بصدوره ، فمتى مضت مدة الشهر على نشر القانون أو مضت المدة التى ينص عليها التشريع لسريانه ، أصبح التشريع واجب التطبيق على الأفراد جميعا ، ووجب عليهم التزام أحكامه ، حتى ولو ثبت أنهم لم يعلموا به بالفعل ،

---

(١) وطبقا لدستور سنة ١٩٢٣ م كانت هذه المدة ثلاثين يوما من تاريخ النشر .

(٢) مادة ١٨٨ من الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية الصادرة فى ١١ سبتمبر سنة ١٩٧١

فلا يجوز لأى منهم الاعتذار بجهله القانون للتهرب منه . وهذا هو مبدأ عدم الاعتذار بجهل القانون ، ولقد صيغ هذا المبدأ فى إطار قاعدة تقول : « لا يعذر أحد بجهله القانون » nul n'est Censé ignorer la loit

أو كما يقول الرومان : Neno Censetur , ignorare legum [(١)]

والحكمة من وضع هذه القاعدة أنه لا يعقل أن يحمل القانون إلى علم الناس فردا فردا ، وأنه لو أجيز لكل فرد أن يتخذ من جهله بالقانون ذريعة لعدم تطبيقه عليه لضاعت عمومية القانون ، واختلت المساواة بين الجميع أمام القانون . وأفسح المجال أمام الأفراد لشل تطبيق القانون . فلا يمكن إذن استبعاد تطبيق أحكام القانون بحجة الجهل به ، لأن ذلك سيمكن للغالبية العظمى من الأفراد أن تدعى هذا الجهل ، وبالتالى تتخلص من تطبيق القانون [(٢)] .

---

(١) راجع فى هذا المعنى : د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون ط ١٩٧٠ فقرة ٨٨ ص ١٣٢ ، و د. عبد الفتاح عبد الباقى فى نظرية القانون ط ١٩٦٦ فقرة ١٠٢ ص ١٦١ وما بعدها ، و د. مختار القاضى فى أصول القانون ط ١٩٦٧ ص ١٣٩ وما بعدها ، و د. عبد الناصر العطار فى مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ط ١٩٧٩ فقرة ٨٨ ص ١٨٩ وما بعدها ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ فقرة ٨٤ ص ١٤٧ وما بعدها .

(٢) يجب التفرقة بين الجهل بالقانون والغلط فى القانون ، فالجهل بالقانون يعنى عدم العلم بصدور القانون أو بأحكامه ، أما الغلط فى القانون فيعنى أن يتوهم الشخص وجود حكم معين فى القانون أو عدم وجوده ، ويتصرف على أساس هذا الوهم بحيث لو علم بالحكم الصحيح لما رضى باتمام هذا التصرف . فمن يتصالح مع من يظن أن مورثه قد أوصى له بشىء من التركة ثم يتبين له خلاف ذلك يكون قد وقع فى غلط فى القانون . ولا يعتد بالغلط فى القانون إلا بتوافر شرطين : **أولهما** : أن يكون الغلط جوهريا ولا يكون كذلك إلا إذا بلغ من الجسامة حدا بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع فيه (المادة ١/١٢١ مدنى) . **ثانيهما** : أن يكون المتعاقد الآخر قد وقع بدوره فى الغلط الذى وقع فيه المتعاقد الذى يتأذى ، أو يكون على الأقل قد علم بوقوعه فيه أو كان من السهل عليه أن يتبين عنه ذلك (المادة ١٢٠ مدنى)

٨١ — نطاق تطبيق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون :

قلنا أنه لا يجوز لأحد أن يدعى أو يثبت جهله بصـدور القانون بحجة غيابه فى الخارج مثلا ، أو بحجة عدم إلمـامه بالقراءة والكتابة ، ونطاق تطبيق هذا المبدأ يتمثل فيما يلى :

١ — أن مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون ليس مقصـورا على التشريع الوضعى بأنواعه الأربعة (التشريع الدستورى ، والتشريع العادى ، والتشريع الاستثنائى ، والتشريع الفرعى) وإنما هو مبدأ عام ينصرف إلى القواعد القانونية جميعا مهمـا كان مصدرها . فالقواعد العرفية والقواعد الدينية (فى مسائل قانون الأسرة أو الأحوال الشخصية) لا يجوز الاعتذار بجهلها ، شأنها فى ذلك شأن القواعد التشريعية الوضعية تماما .

٢ — وهذا المبدأ يتوجه للجميع بما فيهم القضاة ، فينبغى على القاضى أن يلتزم بتطبيق القانون من تلقاء نفسه ، وعليه أن يتحرى عنـه ويعمل حكمه بنفسه دون حاجة إلى طلب بذلك من جانب الخصوم . ودون أن يلزم هؤلاء بارشاده إلى نص القانون الواجب التطبيق .

= فإعمال فكرة الغلط فى القانون لا يثمر إلا إذا توافر فيه ما اشترطناه سلفا . فحالة الجهل بالقانون ليس فيها أى وهم وإنما تتمثل فى عدم العلم بالقانون . أما حالة الغلط فى القانون على النحو المتقدم فإنه يصلح عذرا إذا توافـرت الشروط ، والجهل بالقانون لا يعتد به إطلاقا بالنسبة إلى القواعد الآمرة ، فلا يعتد فيها بغلط ولا جهل ، ولكن الغلط فى القانون بالنسبة للقواعد المكملة أو المقررة هو الذى يصلح أن يكون عذرا بالقيود السابقة سـواء فى المواد المدنية أو الجنائية إذ ينفى القصد الجنائى عن مرتكب الجريمة . راجع : د. عبد الفتـاح عبد البـاقى فقـرة ١٠٣ مكرر ص ١٦٣ وما بعـدها ، و د. عبد الناصر العطار ص ١٩٠ و ١٩١ ، و د. مختار القاضى ص ١٣٩ وما بعدها .

فمفروض أن المحكمة تعرف القانون وكذلك الأفراد مفروض فيهم العلم بالقانون ولا يستطيعون التذرع بجهل أحكامه •

٣ — وأخيرا فإن نطاق تطبيق هذا المبدأ عام بالنسبة لجميع القواعد القانونية ، سواء كانت من قواعد القانون الخاص أو العام ، من قواعد القانون المدنى أو القانون الجنائى ، وسواء أكانت قواعد آمرة متعلقة بالنظام العام أو قواعد مكملة [(١)] •

لكن يرد على القاعدة السابقة استثناء هام فى حالة القوة القاهرة • فإذا حدثت ظروف قاهرة استحال معها وصول الجريدة الرسمية إلى أحد أقاليم الدولة كالغزو الأجنبى أو الفيضان ، أمكن للمقيمين فى هذا الإقليم الاعتذار بجهلهم للقانون إلى أن تنتهى الظروف القاهرة [(٢)] •

٨٢ — تدرج التشريع الوضعى :

يظهر لنا مما سلف ذكره أن هناك أربعة أنواع من التشريعات : الدستور (التشريع الأساسى) ، والتشريع العادى ، والتشريع الاستثنائى ؛ والتشريع اللائحى (الفرعى) •

وتتدرج هذه التشريعات الوضعية من حيث القوة تنازليا ففى القمة الدستور وهو أعلى القواعد القانونية فى الدولة مرتبة ، ويليه فى المرتبة التشريع العادى والاستثنائى لأن التشريع الاستثنائى هو فى الواقع تشريع عادى صدر فى ظروف استثنائية ، ثم يأتى فى أدنى سلم التدرج التشريع اللائحى أو الفرعى •

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى فقرة ٨٩ ص ١٣٢ و ١٣٣

(٢) انظر : د. سمير عبد السيد تناغو فى النظرية العامة للقانون ط ١٩٧٤ فقرة ٩٧ ص ٢١٤ وما بعدها ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ فقرة ٨٧ ص ١٥١ وما بعدها .

وينبنى على تدرج التشريع الوضعى أنه لا يجوز للتشريع الأدنى مرتبة أن يخالف التشريع الأعلى مرتبة منه وإلا كان تشريعا غير دستورى ، فلا يجوز بناء على ذلك أن يصدر أى قانون يخالف الأحكام الواردة فى الدستور ، كما لا يجوز أن تصدر لائحة أو قرار وزارى يخالف حكما فى قانون أو حكمـا فى الدستور ، فالتشريع الأدنى يتقيد فى الشـكل والموضوع بالقيود والأوضاع التى يمليها التشريع الأعلى مرتبة منه ، وبالتالى لا يتولى وضع التشريع الأدنى غير السلطة التى نص التشريع الأعلى عليها وطبقا للشكل الذى رسمه لها وفى حدود الموضوع الذى خوله التشريع الأعلى أن يصدر فيه [١] .

والالتزام بعدم مخالفة القاعدة الأدنى مرتبة لحكم القاعدة الأعلى من الناحيتين الشكلية والموضوعية يسمى فى اصطلاح فقهاء القانون بمبدأ دستورية القوانين واللوائح وهو يعد من نتائج مبدأ الشرعية القانونية أو المشروعية أو مبدأ سيادة القانون ؛ فلا يعتبر سلوك أى شخص ولو كان سلطة تشريعية أو تنفيذية مشروعا إلا إذا كان هذا السلوك لا يتعارض مع أحكام القانون [٢] .

ويتحقق مبدأ الشرعية القانونية أو مبدأ التدرج التشريعى من الناحية العملية عن طريق رقابة السلطة القضائية ، فللقضـاء فى مصر أن يراقب

---

(١) د. عبد الناصر العطار فقرة ٨٩ ص ١٩١ وما بعدها .

(٢) انظر : د. أحمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن فى الوجيز فى المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧٠ ص ٥٣ وما بعدها ، و د. حسن كيرة فى المدخل إلى القانون ط ١٩٧٤ فقرة ١٢٤ ص ٢٤٧ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ فقرة ١٠٩ ص ١٨٠ وما بعدها ، و د. عبد الناصر العطار فى المرجع السابق ص ١٩٢ وما بعدها .

دستورية القوانين ويستبعد منها ما يخالف الدستور ويحكم بعـدم دستوريته[١] .

٨٣ ـ الرقابة على دستورية القوانين واللوائح :

ظهر لنا مما سبق أن التشريع الوضعى لكى تضفى عليه الدستورية يجب ألا يخالف التشريع الأعلى مرتبة منه ، وهذا يقتضى التزام الهيئات التى لها اختصاص تشريعى بهذا المبدأ ، فإذا خالفته تعين على القضـاء عدم الالتفات إلى التشريع المخالف والحكم بعدم دستوريته واستبعاد تطبيقـه[٢] .

ومخالفة التشريع الأدنى للتشريع الأعلى قد تكون من حيث الشكل

---

(١) وتتقرر بعض النظم رقابة سياسية على دستورية القوانين ، وهى رقابة وقائية الغرض منها حجب إصدار القانون المخالف للدستور كلية أو فى جزئية من جزئياته إذا لم يمكن تعديلها، وتتولى القيام بهذه الرقابة لجنة أو هيئة يتم اختيارها بواسطة السلطة التشريعية ، أو بالاشتراك بين هذه السـلطة والسلطة التنفيذية . ومن أهم التطبيقات الحديثة لهذا الأسلوب ما ورد فى المادة ٥٦ من الدستور الفرنسى الحالى (دستور سنة ١٩٥٨ م) بالنص على أن « يتولى رقابة الدستورية المجلس الدستورى » ، وهى رقابة ضعيفة لأن رئيس الجمهورية يستطيع إذا ما كان على وئام مع السلطة التشريعية أن يصدر القوانين دون فحصها ، ولذا وصفت هذه الرقابة وبحق بأنها رقابة واهية . انظر د. فؤاد العطار فى النظم السياسية والقانون الدسـتورى ط ١٩٧٤ ص ١٩٧ وما بعدها ، و د. رمزى الشاعر فى النظم السياسية والقـانون الدستورى ط ١٩٧٧ ص ٢٦٤ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القـانون ط ١٩٧٩ فقرة ١١٠ ص ١٨١ وما بعدها .

(٢) لا تثور مشكلة دستورية القوانين إلا فى البلاد ذات الدساتير الجامدة، أى التى لا يمكن أن يعدل فيها الدستور إلا بعد اتباع إجراءات أشد من تلك التى تتبع فى تعديل القانون العادى كما هو الحال فى الدستور المصرى . أما فى البلاد ذات الدساتير المرنة فإن صدور أى تشريع فيها بالمخالفة للدستور يعد بذاته تعديلا لهذا الدستور ، انظر د. عبد المنعم البـدراوى فقـرة ٨٧ ص ١٣١ ، و د. أحمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن ص ٥٥ ، و د. حسن كيرة فقرة ١٣٨ ص ٢٤٩ ، و د. حمدى عبد الرحمن ص ١٨١ هامش ١

أو من حيث الموضوع . فالتشريع الوضعى قد يكون غير دستورى من حيث الشكل إذا صدر من سلطة غير مختصة أو لم ينشر فى الجريدة الرسمية أو الوقائع المصرية ... أى بمخالفة تتعلق بالشكل الخاص بالإصدار أو النشر أو النفاذ ، كما يكون التشريع الوضعى غير دستورى من حيث الموضوع إذا اشتمل على قاعدة تتعارض مع ما هو مقرر فى تشريع أعلى مرتبة منه .

ومن المسلم به أن للمحاكم سلطة فحص مدى مطابقة اللائحة للقوانين والدستور من الناحيتين الشكلية والموضوعية . فإذا ثبت للمحكمة أن إصدار اللائحة قد جاء مخالفا للأصول القانونية أو الدستورية أو أن هذه اللائحة عدلت أو خالفت مضمون القاعدة الأعلى مرتبة منها ، وجب عليها أن تؤكد احترام مبدأ التدرج ، ويتخذ جزاء المخالفة صورة أمام المحاكم العادية تختلف عن الصورة التى تتخذ أمام القضاء الإدارى (مجلس الدولة) . فحين تقرر المحكمة العادية مخالفة اللائحة لمضمون مبدأ التدرج يقتصر الجزاء الذى تطبقه عندئذ على مجرد الامتناع عن تطبيق حكم اللائحة أو حكم القرار الإدارى على النزاع المعروض أمامها لعدم دستوريته . أما بالنسبة للقضاء الإدارى فإن من سلطته إلغاء اللائحة المخالفة للقانون أو الدستور . لأن اللائحة ما هى إلا مجرد قرار إدارى يجوز طلب إلغائه أمام مجلس الدولة عند وجود ما يقتضى الإلغاء [1] .

أما إذا صدر قانون يخالف حكما فى الدستور فإن الوضع يختلف ، وقد تردد بالفعل القضاء والفقه الوضعى فى البداية فى مراقبة دستورية

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى ص ١٣٠ وما بعدها ، و د. حمدى عبد الرحمن فقرة ١١١ ص ١٨٣ ، و د. عبد الناصر العطار ص ١٩٣ وما بعدها ، و د. أحمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن ص ٥٤

هذا القانون [1] . وقد حسم قانون المحكمة العليا فى مصر هذا الخلاف بأخذه بالرأى الذى يقول بمراقبة القضاء لدستورية القوانين ، غير أنه لم يجعل لجميع المحاكم بحث دستورية القوانين ، وإنما أنشأ المحكمة العليا وجعلها تختص بالفصل دون غيرها فى دستورية القوانين إذا دفع بعدم دستورية قانون أمام إحدى المحاكم . فالمحكمة التى دفع أمامها بهذا الدفع لاتملك سوى أن تحدد ميعاد للخصوم ليتقدموا برفع دعواهم بذلك أمام المحكمة العليا . ويوقف الفصل فى الدعوى الأصلية حتى تفصل المحكمة العليا فى الدفع . فإذا لم ترفع الدعوى فى الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن (م ٤ من قانون ٨١ لسنة ١٩٦٩) ، وتطبيقا لهذا النص قضت هذه المحكمة بدستورية نصوص الشفعة فى القانون المدنى ،

---

(١) لم يرد فى الدساتير المصرية المتعاقبة (دساتير ١٩٢٣ و ١٩٥٦ و ١٩٦٤) اى اشارة إلى مشكلة دستورية القوانين ، فلا هى منحت السلطة القضائية حق التثبت من موافقة ما يصدر عن السلطة التشريعية من قوانين لأحكام الدستور ، ولا هى منعتها من ذلك ، وهذا الصمت المضروب حول مشكلة دستورية القوانين لم يمنع القضاء من ممارسة حقه فى مراقبة القوانين وذلك بالامتناع عن تطبيق اى قانون يصدر مخالفا لأحكام الدستور ، وهذا ادى إلى كفالة احترام سيادة الدستور ، وفى ذات الوقت ادى إلى احترام مبدا الفصل بين السلطات فلم يتدخل القضاء فى اختصاص السلطة التشريعية ، وقد ايد الفقه القانونى اتجاه القضاء واضفى عليه مشروعية وجعل من حقه أن يراقب كافة القوانين غير الدستورية بأن يمتنع عن تطبيقها إذا وجد فيها اى مخالفة لأحكام الدستور . وقد حسم المشرع المصرى الخلاف حول جواز رقابة دستورية القوانين فى ٣١ اغسطس سنة ١٩٦٩ حيث صدر القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ بانشاء المحكمة العليا ، وقد منح هذا القانون لهذه المحكمة عدة اختصاصات متناثرة فى طليعتها اختصاص الفصل فى دستورية القوانين . واكد دستور سنة ١٩٧١ على هذا الحق فنص فى المادة ١٧٤ منه على إنشاء محكمة اخرى — غير المحكمة العليا — هى المحكمة الدستورية العليا وقد صدر بها القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ ، واصبحت هى المختصة بالفصل فى دستورية القوانين دون غيرها . انظر : د. حسن كيرة ص ٢٥٣ — ص ٢٥٩ ، و د. احمد سلامة عبد الرحمن ص٥٤ — ص٥٧ ، و د. عبد الناصر العطار فقرة ٩٠ ص ١٩٣ — ص ١٩٥ ، و د. عبد المنعم البدراوى فقرة ٨٧ ص ١٣٠ — ص ١٣٢ ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ص ١٨١ — ص ١٩٣

أما إذا قضت بعدم دستورية قانون أو لائحة فإنه فى هذه الحالة يتعين على جميع المحاكم الامتناع عن تطبيقه (م ٣١ من قانون ٦٦ لسنة ١٩٧٠) ويتم نشر منطوق أحكام المحكمة العليا فى هذا الشأن فى الجريدة الرسمية •

وقد نص دستور ١١ سبتمبر سنة ١٩٧١ على انشاء محكمة دستورية عليا يكون لها دون غيرها الرقابة على دستورية القوانين واللوائح وتشكل وفقا للقانون • وقد صدر قانون المحكمة الدستورية العليا بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ م [1] ، وقد نصت المادة الثانية من هذا القانون على أن « جميع الدعاوى والطلبات القائمة أمام المحكمة العليا والتى تدخل فى اختصاص المحكمة الدستورية العليا بمقتضى القانون المرافق تحال إليها بحالتها فور تشكيلها وبغير رسوم •

وتحال إليها كذلك طلبات وقف تنفيذ الأحكام الصادرة من هيئات التحكيم القائمة أمام المحكمة العليا بحالتها دون رسوم للفصل فيها طبقا للأحكام الواردة فى القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ باصدار قانون المحكمة العليا والقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ باصدار قانون الاجراءات والرسوم أمامها » •

وبذلك يكون لهذه المحكمة وحدها سلطة الرقابة على دستورية القوانين واللوائح •

---

(١) صدر برياسة الجمهورية فى ٧ شوال سنة ١٣٩٩ هـ (٢٩ اغسطس سنة ١٩٧٩) ونشر فى الجريدة الرسمية بالعدد ٣٦ الصادر فى ٦ سبتمبر سنة ١٩٧٩

الفرع الثانى

إلغاء التشريع الوضعى أو نسخه

٨٤ - المقصود بإلغاء التشريع الوضعى أو نسخه (١) :

الإلغاء l'abrogation أو النسخ كما يسميه فقهاء الأصول ، هو رفع حكم قانونى بحكم قانونى آخر متأخر عنه ، أو هو إبطال العمل بالتشريع برفع قوته الملزمة ، سواء أكان ذلك بابطال مفعوله دون سن تشريع جديد يحل محله ، أو باستبدال نصوص أخرى بنصوصه (٢) .

فالقانون يظل مفعوله ساريا إلى أن يتم إلغاؤه ، ويتحقق ذلك عندما تقدر السلطة التشريعية فى الدولة أن قانونا معينا لم تعد الحاجة ماسة لوجوده نظرا لأن هذا الوجود كان منوطا بظروف زالت ، عندئذ يتم إلغاء القانون بغير بديل ، لأن مجرد زوال الظروف التى صدر القانون لمواجهتها لا يعد كافيا فى حد ذاته لاعتبار القانون لاغيا ، بل لا مناص من أن يعلن المشرع الوضعى الإلغاء لهذا القانون بإرادته الصريحة أو الضمنية .

---

(١) يقتصر كلا منا فى هذا الفرع عن التشريع الوضعى بالمعنى الضيق اى القانون ، وما يسرى فى هذا الصدد على القانون يسرى على اللائحة ، لكن الأمر يختلف بالنسبة للدستور فإن إلغائه أو تعديله يخضع لقواعد خاصة تتضمنها نصوص الدستور ، وقد يلغى بغير اتباع لهذه النصوص كما يحدث غالبا فى حالة الانقلاب العسكرى أو الثورة الشعبية .

(٢) د. عبد المنعم البدراوى فقرة ٩٠ ص ١٣٤ ، و د. مختار القاضى ص ١٩٢ ، و د. عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢١٩ ص ٣٥٢ ، و د. حسن كيرة فقرة ١٨٠ ص ٣٣١ ، ود. احمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن ص ٥٨ ، و د. عبد الناصر العطار فقرة ٩١ ص ١٩٥

وقد يكون القانون مؤقتا بأجل معين ينتهى بحلوله سريان هـذا القانون ، كما قد يكون استمرار سريانه معلقا على شرط ، وفى مثل هذه الأحوال ينقضى القانون بمقتضى طبيعته بانتهاء أجله أو بتخلف الشرط المعلق عليه سريانه ، وأيضا قد يرى المشرع الوضعى أن قانونا معينا لم يعد يساير تطور الحياة الاجتماعية وأحداثها ، فيقوم بإلغائه واستبداله بآخر يكون أكثر ملاءمة وتجاوبا مع الأوضاع المتطورة [١].

مما سبق يتبين لنا أن مضمون الإلغاء أو النسخ هو تجريد القانون القديم من قوته الملزمة وإنهاء نفاذه ، أى إنهاء العمل به [٢].

٨٥ — السلطة التى تملك إلغاء التشريع الوضعى :

إن منطق تدرج القواعد القانونية يقتضى ألا يتم إلغاء أى قاعدة

---

(١) راجع : د. حسن كيرة فقرة ١٨٠ ص ٣٣١ ، و د. عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢١٩ ص ٣٥٢ وما بعدها ، و د. احمد سلامة و د. حمـدى عبد الرحمن ص ٥ ، و د. عبد الناصر العطار فقرة ٩١ ص ١٩٥

(٢) يجب التفرقة فى هذا الصدد بين الالغاء (L'abrogation) وبين البطلان (L'annulation) فهما وإن كانا وسيلتين لإلغاء القانون إلا أنهما مختلفان فى السبب وفى الآثار على السواء . ذلك يرجع إلى أن الإلغاء يرد على قانون مستوف للشرائط والأركان الجوهرية ، لا لانكار قيامه من قبـل فى الماضى او للطعن فى صحته ، وإنما لإنهاء العمل به سواء اكان ذلك بسبب عدم الحاجة إليه من بعد — فى المستقبل — او لاستبداله بقانون آخر اكثر ملاءمة . ولذلك لا يبتدىء أثر الإلغاء إلا منذ حصوله ، فلا يمتد أثره إلى ما تم حدوثه من آثار فى الماضى ، فالإلغاء معناه إنهاء نفاذ القانون فى المستقبل دون اى مساس بمظاهر تطبيقه التى تمت فى الماضى . اما البطـلان او الإبطال للقانون فإن مؤداه إزالة اثره من وقت وجوده إن وجد ، فهو بمثابة إعدام لحياته فى الماضى والمستقبل على السواء . لأن بطلان القانون لا يتأتى إلا نتيجة انتفاء ركن او شرط جوهرى من اركانه او شرائطه ، بحيث يعتبر منعدما وكأن لم يكن .

ومن هنا كان الأصل ان لبطلان القـانون او إبطـاله أثرا رجعيا . راجع فى هذا المعنى : د. حسن كيرة فى المدخل إلى القانون ط ١٩٧٤ ص ٣٣١ هامش ١ ، و د. عبد الفتاح عبد الباقى فى نظرية القانون ط ١٩٦٦ ص ٣٥٣

قانونية إلا بقاعدة من ذات درجتها ، فلا يجوز أن تلغى اللائحة القانون ، كما أنه لا يجوز أن يلغى القانون قاعدة دستورية وإنما يجوز العكس بمعنى أن القاعدة الأعلى يجوز أن تلغى القاعدة الأدنى ، فمثلا يجوز للقانون أن يلغى اللائحة لا العكس [1] .

ويترتب على هذا المبدأ أن إلغاء التشريع الوضعى إنما يكون من ذات السلطة التى وضعته وعن طريق إصدار تشريع لاحق . وقد جاء فى المادة الثانية من التقنين المدنى بصدد تنظيم إلغاء التشريع الوضعى النص على أنه (لا يجوز إلغاء نص تشريعى إلابتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء ، أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم ، أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع) .

يتبين لنا من هذه المادة أن التشريع الوضعى لا يلغى إلا بواسطة السلطة التى سنته ، أو من سلطة أعلى منها وهذا من باب أولى ، والإلغاء أو النسخ لا يكون إلا بالأقوى أو المساوى ، ويتضمن هذا النص كذلك أن النسخ للتشريع قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا ، ومن هنا جاء تقسيم الفقهاء للإلغاء بالنسبة للطريقة التى يأتى بها إلى قسمين : الأول الإلغاء الصريح ، والثانى الإلغاء الضمنى .

٨٦ — أولا — الإلغاء الصريح :

يتحقق الإلغاء الصريح (L'abrogation expresse) فى حالة ورود نص فى التشريع اللاحق يقضى صراحة بإبطال العمل بحكم قاعدة قانونية سابقة عليه ، فالقاعدة أن القانون الجديد إذا نص فيه صراحة على إلغاء القانون القديم يكون الإلغاء فى هذه الحالة إلغاء صريحا كليا ، ومن قبيل

---

(١) انظر : د. احمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن فقرة ٢٦ ص ٥٩ ، و د. عبد الناصر العطار ، فقرة ٩١ ص ١٩٥ .

ذلك نص القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ م بتنظيم الشهر العقارى حيث نص فيه على إلغاء القانونين رقم ١٨ و١٩ لسنة ١٩٢٣ الخاصين بنظام التسجيل . وكذلك ما نصت عليه المادة الأولى من قانون إصدار التقنين المدنى الحالى رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ من إلغاء القانون المدنى القديم بكافة أحكامه [1] .

وقد يكون الإلغاء الصريح جزئيا ، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة الأولى من القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ م بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية الجديد إذ قررت ما يلى :

« يلغى قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ م عدا الباب السابع من الكتاب الأول الخاص باجراءات الإثبات ، والفصل الثانى من الباب الثانى عشر من الكتاب الأول الخاص بالمعارضة ... الخ » .

ويتحقق الإلغاء الصريح أيضا بانتهاء الأجل المحدد فى القانون لسريانه ، ذلك أن التشريع قد يتضمن نصا على أن العمل به ينتهى بانتهاء فترة محددة منه وعندئذ ينتهى التشريع من تلقاء نفسه بمجرد انتهاء هذه

---

(١) ويعد من أمثلة الإلغاء الصريح كذلك ، الإعلان الذى أصدره قائد الثورة ، باسم شعب مصر ، فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٥٢ ، والذى تضمن إلغاء دستور سنة ١٩٢٣ ، وأيضا القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥١ والذى صدر بشأن مكافحة الدعارة وقرر صراحة إلغاء المواد ٢٧٠ و ٢٧١ و ٢٧٢ من قانون العقوبات ، وما جاء فى دستور سنة ١٩٦٤ فى المادة ١٦٩ والتى تنص صراحة على إلغاء الدستور المؤقت الصادر فى ٥مارس سنة ١٩٥٨ ، والإعلان الدستورى الصادر فى ٢٧ سبتمبر سنة ١٩٦٢ . انظر فى هذا المعنى : د. عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٣٢٠ ص ٣٥٤ ، و د. مختار القاضى ص ١٩٣ ، و د. حسن كيرة فقرة ١٨١ ص ٣٣٢ ، و د. عبد المنعم البدراوى فقرة ٩١ ص ١٣٤ و ١٣٥ ، و د. احمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن فقرة ٢٧ ص ٢٩ ، و د. عبد الناصر العطار فقرة ٩٢ ص ١٩٦ .

الفترة ، ويطلق على مثل هذا التشريع اصطلاح « التشريع المؤقت » ومن أمثلته ما كان ينص عليه قانون أجور المساكن الصادر سنة ١٩٢١ من أن مفعوله ينتهى فى ٣٠ يونيه سنة ١٩٢٢ ، والقوانين الصادرة فى وقت الحرب والتى ينص فيها على أن يعمل بها فى مدة قيام الحرب فقط ، والأوامر العسكرية التى تستند إلى إعلان حالة الطوارىء فإنها تسقط بانتهاء هذه الحالة وتشريعات تسعيرة الخضراوات والفاكهة فهى بطبيعتها مؤقتة تنتهى بالأجل المؤقت لها[١] .

٨٧ — ثانيا — الإلغاء الضمنى :

الإلغاء الضمنى (L'abrogation tacite) ويقصد به الإلغاء الذى لا يوجد تصريح به فهذا الإلغاء لا يستفاد من نص صريح فى التشريع اللاحق ، بل من مظاهر التعارض بين التشريع اللاحق والتشريع السابق . فقد يناقض نص أو أكثر من نصوص القانون الجديد نص أو أكثر من نصوص القانون القديم ، وفى هذه الحالة لابد من اعتماد الحل وفقا لأحكام أحدهما . لأنه لا يمكن فى هذه الحالة التوفيق بينهما إلا بإلغاء أحدهما . ونظرا لأن القانون الجديد يعبّر عن الإرادة الأخيرة للمشرع الوضعى ، لذلك وجب تفضيله على أساس أنه ينسخ ما يخالفه من بين أحكام القانون القديم[٢] .

والإلغاء الضمنى أيضا قد يكون بصدور قانون جديد ينظم الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده تشريع سابق[٣] .

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى ص ١٣٥ ، و د. عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣٥٤ ، و د. مختار القاضى ص ١٩٣ ، و د. حسن كيرة ص ٣٣٢

(٢) د. حسن كيرة فقرة ١٨٢ ص ٣٣٢ وما بعدها ، و د. أحمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن فقرة ٢٨ ص ٦٠ وما بعدها ، و د. عبد الناصر العطار ص ١٩٦ وما بعدها .

(٣) إن الإلغاء الضمنى يجىء هنا نتيجة التناقض والتنافر بين القانون

=

وتبين المـادة الثانية من القـانون المدنى صور الإلغـاء الضمنى حيث أضافت بعد ذكر الإلغاء الصريح أنه « لا يجوز إلغاء نص تشريعى إلا بتشريع لاحق .... يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم ، أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع » .

من هذا النص يتبين أن الإلغاء الضمنى يقع فى إحدى صورتين :

الأولى : وجود تعارض بين التشريع الجديد والتشريع القديم ، عندئذ يلغى التشريع القديم فى حدود ما تناقض فيه مع التشريع الجديد ، فإذا كان النص القديم عاما والنص الجديد عاما كذلك ويتعارض فى ذات الوقت مع النص القديم فإن الجديد يلغى القديم لتعـذر العمل بهما أو الجمع بينهما . لكن إذا كان النص القديم عاما والنص الجديد خاصا ، فلا يتعارضان إلا فى حدود الموضوع الذى ورد بشأنه النص الخاص . ومن هذا القبيل ما كان ينص عليه القانون المدنى القديم من أن الملكية تنتقل فور التعاقد سواء فى المنقول أو فى العقار ، ثم جاء قانون التسجيل فى سنة ١٩٢٣ م وقانون الشهر العقارى سنة ١٩٤٦ م ، وقرر أن الملكية فى العقار لا تنتقل إلا بالتسجيل ، ونظرا لأن نصوص هذين القانونين تضمنت حكما خاصا بالملكية العقارية ، فإنها لا تنسخ الحكم العام القديم الخاص بنقل الملكية بصفة عامة إلا فى حدود ما ورد به الحكم الخاص أى فى شن الملكية العقارية .

= الجديد والقانون القديم ، فيعتبر القانون القديم ملغيا أو منسوخا فى الحدود التى يتعارض فيها مع القانون اللاحق . فالفرض هنا أننا أمام قانونين يقرران أحكاما متناقضة ، بحيث لا يمكن التوفيق بينهما ، وأحدالقانونين سابق فى وجوده على الآخر ، فيعتبر القانون القديم ملغيا فى الحدود التى يغاير فيها القانون الجديد ، ويقوم هذا الإلغاء على أساس امضاء الرغبة الأخيرة للمشرع الوضعى ، وهكذا نصل إلى أنالقانون الجديد يلغى القانون القديم . انظر د. عبد الفتاح عبد الباقى فى نظرية القانون ط ١٩٦٦ فقرة ٣٢٠ ص ٣٥٤

وإذا حدث التعارض بين حكم خاص قديم وحكم عام جديد ، فإن الحكم العام لا يلغى الخاص بل يظل الحكم الخاص القديم ساريا على ما جاء بخصوصه إلى أن ينسخه نص خاص مثله • وبالتالي فإن النص الخاص القديم يصمد دائما فى وجه النص العام الجديد بغض النظر عن تاريخ صدور كل منهما ، وهو استثناء من قاعدة أن الجديد ينسخ القديم •

ومثال ذلك أن المادة ٢٠٤ من القانون المدنى الصادر فى سنة ١٩٤٨ م رغم نصها على أن الملكية والحق العينى ينتقلان بمجرد الاتفاق ، إلا أنها لا تعتبر ناسخة لقانون الشهر العقارى الصادر فى سنة ١٩٤٦ والذى يشترط شهر التصرف لانتقال الملكية والحق العينى فى العقارات • فنص القانون المدنى أتى بحكم عام ، أما أحكام قانون الشهر العقارى فهى أحكام خاصة لذلك تبقى رغم صدور هذا القانون قبل المجموعة المدنية[١] •

والصورة الثانية : أن يصدر تشريع جديد ينظم تنظيما كاملا وضعا انفرد بتنظيمه تشريع سابق • وفى هذه الحالة يعتبر القانون السابق لاغيا جملة وتفصيلا بجميع أحكامه ، وهذه الصورة من صور الإلغاء نادرة عملا ، فالمشرع الوضعى لا يقتصر فى حالة إعادة تنظيم موضوع معين على مجرد إفادة الإلغاء الضمنى بل ينص عادة فى آخر القانون الجديد على

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى فى المرجع السابق ص ١٣٥ وما بعدها ، و د. عبد الفتاح عبد الباقى فى المرجع السابق فقرة ٢٢٠ مكرر ص ٢٥٤ وما بعدها ، و د. مختار القاضى فى أصول القانون ط ١٩٦٧ ص ١٩٣ وما بعدها .

إلغاء ما سبقه من نصوص مغايرة . ولو لم يوجد هذا النص صراحة لكان الإلغاء أمرا طبيعيا ، لأن التنظيم الجديد يقطع بإلغاء التنظيم القديم [١] .

ويلاحظ فى هذا الصدد أن التشريع الوضعى لا يسقط بعدم الاستعمال مدة طويلة أو بطول الإهمال[٢] ، لأن عدم الاستعمال معناه نشوء عرف سلبى مخالف للتشريع والعرف يأتى فى درجة تالية للتشريع ومن المعروف — كما أسلفنا — أن التشريع لا يلغى إلا بتشريع لاحق أعلى منه أو فى درجته ، وعلى ذلك فإن التشريع مهما طالت مدة اهماله فإنه فى مصر لا يلغى بسبب هذا الإهمال على الإطلاق ، لذا يعد من المسلم به أن التشريع الوضعى لا يسقط بعدم الاستعمال[٣] .

---

(١) انظر المذكرة الايضاحية للمادة ٤ من المشروع التمهيدى ، والتى أصبحت المادة الثانية من القانون المدنى وذلك فى مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ ١ ص ١٩٦ . وراجع : د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون ط ١٩٧٠ فقرة ٩٤ ص ١٣٨ ، و د. حسن كيرة فى المدخل إلى القانون ط ١٩٧٤ فقرة ١٨٢ وعلى الأخص ص ٣٣٦ ، و د. عبد الفتاح عبد الباقى فى نظرية القانون ط ١٩٦٦ ص ٣٥٧ ، و د. مختار القاضى فى أصول القانون ط ١٩٦٧ ص ١٩٣ ، و د. أحمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن فى الوجيز فى المدخل لدراسة القانون ص ٦١ ، ود. عبد الناصر العطار فى مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ص ١٩٧

(٢) د. عبد الناصر العطار فى المرجع السابق ص ١٩٨ ، ود. عبد المنعم البدراوى فى المرجع السابق ص ١٣٩

(٣) هل يلغى التشريع بزوال دواعيه ؟

يتجه الفقه والقضاء إلى أن التشريع بجميع صوره السماوية والوضعية لا يلغى بمجرد زوال دواعيه ، لأن الذى يقدر هذه الدواعى هو المشرع نفسه. ومع ذلك يميل بعض الفقهاء إلى القول بأن الذوق القانونى يأبى هذا الرأى ، إذ أن القانون أو التشريع الذى استنفد أغراضه يجب أن يلغى ، كما لو وجد لظروف خاصة راعاها المشرع ثم زالت ، بشرط أن يكون هذا الزوال غير مشكوك فى أمره .

. . . .

=

وهذا الراى ينطبق على بعض ما ارتآه بعض فقهاء المسلمين مستندين إلى راى عمر بن الخطاب — رضى الله عنه — فى سهم المؤلفة قلوبهم ، فقد راى فى نظرهم اسقاطه لزوال دواعيه فالغاه بالرغم من ورود النص على استحقاقهم إياه فى القرآن — انظر ابن قدامه فى الروضة جـ ٢ ص ٢١٣ — ص ٢٩٥ — اما البعض الآخر فلم يقولوا بذلك ، لأن ما حدث هو مجـرد إيقاف مؤقت مرتبط بعلة قوة المسلمين وضعفهم ، ففى حالة القوة ليس هناك ما يستدعى استمالة قلوب الكفار المرتزقة بالإسلام ، وفى حالة الضـعف لا مندوحة من ذلك — فعمر بن الخطاب — رضى الله عنه — اجتهد واعمل فكره وربط النص بهذه العلة ، ولا يعد بذلك قد الغى — والعياذ بالله — نصا صريحا فى كتاب الله ، لأن نسخ الآيات لا يتأتى إلا بنص قرآنى أو سنة قطعية ، وقد انتهى الوحى وانتقل الرسول ﷺ إلى جوار ربه . وعليه فلا يمكن إلغاء او نسخ اى نص شرعى ، إنما القضية مجرد إيقاف ، كما حدث ايضا من الإمام عمر بن الخطاب نفسه فى عام الرمادة ، فقد اوقف الحد (حد السرقة) ، ولم يقل اى فقيه بإلغاء هذا الحد بناء على ذلك . لكن الذين يتصيدون ويلفقون ويؤولون ويحملون كلام فقهاء الشريعة الإسلامية على غير مراده كثر ، لذا لزم التدقيق فى كل ما ينقل عن الخلفاء الراشدين وعن من خلفهم من ائمة الفقـه وعلماء المسلمين .

والحق فى نظرنا ان التشريع لا يمكن أن يلغى بمجرد زوال دواعيه حتى إن زالت بصورة قاطعة ، لأن التشريع لا يلغى إلا بتشريع لاحق فى مستواه او اعلى منه درجة وهذا ما نراه . راجع فى الرد على من يقولون بإلغاء التشريع لزوال دواعيه فى الفقه الإسلامى — اصول الأسنوى على متن البيضاوى جـ ٣ ص ٣٠ ، ومسلم الثبوت وشرحه المطبوع على هامش المستصفى للامام الغزالى جـ ٢ ص ٣١٤ ، وانظر فى الفقه القانونى د. مختار القاضى فى أصول القانون ط ١٩٦٧ ص ١٩٤ والمراجع التى اشار إليها فى هامش ١ و ٢ . و د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون ط ١٩٧٠ ص ١٣٩ ، و د. عبد الناصر العطار فى مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ص ١٩٨

الفرع الثالث

تفسير التشريع الوضعى

٨٨ — معنى التفسير وصوره :

إن المراد من تفسير التشريع الوضعى[١] هو تحـديد مضمونه ، والكشف عن مقاصده واستظهار أحكامه . أو هو بعبارة موجزة تحديد معنى القاعدة القانونية . فعند تطبيق التشريع الوضعى ، أى إجراء حكمه على الحالات الواقعية تثار مسألة تفسيره إذ يجب على القاضى قبل أن يعمد إلى تطبيق القـانون أن يتفهم المراد به حتى يستطيع تطبيقه على ما يعرض عليه من منـازعات ، والتفسير (L'interprétation) للتشريع الوضعى يكون بتوضيح ما غمض من ألفاظه ، وبالتوفيق بين نصوصه المتعارضة ، وبتكميل ما نقص من أحكامه ، لتغطية ما استجد من مشاكل لم تكن فى حسبان واضع التشريع فى حينه[٢] .

---

(١) راجع : د. عبد الفتاح عبد الباقى فقـرة ٢٠٠ وما بعـدها ، و د. حسن كيرة فقرة ٢١٠ وما بعدها ، و د. مختـار القـاضى ص ١٤٣ وما بعدها ، و د. عبد المنعم البدراوى فقرة ٩٦ وما بعـدها ، و د. محمود جمال الدين زكى فى دروس فى مقدمة الدراسة القانونية ط ١٩٦٤ فقرة ١٤٥ وما بعدها ، و د. أحمد سلامة فى المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧٨ فقرة ٩١ وما بعدها ، و د. منصور مصطفى منصور فى دروس فى المدخل لدراسة العلوم القانونية ط ١٩٧٢ فقرة ١٥٠ وما بعدها ، و د. احمد سلامة و د. حمـدى عبد الرحمن فى الوجيز فى المدخل لدراسـة القـانون ط ١٩٧٠ فقـرة ٣٨ وما بعدها ، و د. نعمان جمعة فى دروس فى المدخل للعلوم القانونية ط ١٩٧٧ ص ٢٥٧ وما بعدها ، و د. عبد الناصر العطار فقرة ١٠٤ وما بعدها .

(٢) وغنى عن البيان أن التفسير لا يكون إلا حيثما يكون النص غامضا ، وغموض النص يؤدى إلى صعوبة فهم معانيه ومدلولاته . ولكن عندما يكون النص واضحا فى الدلالة على المراد فليس ثمة حاجة تستدعى تفسيره ، وهذا ما تعبر عنه القاعدة الأصولية التى تقضى بأنه « لا اجتهاد مع النص » .

=

ويطلق على ما يقوم به القاضى من تفسير للتشريع الوضعى عند تطبيقه على المنازعات المطروحة أمامه اصطلاح التفسير القضائى ، وكذلك يتولى فقهاء القانون وشراحه تفسير التشريع الوضعى عند تعرضهم له بالدراسة والتحليل والافتاء بمقتضاه ، ويطلق على تفسيرهم هذا اصطلاح التفسير الفقهى ، وقد يتصدى أيضا واضع القانون لتفسير ما وضع ،

=

والقانون يوجد ليطبق على ما يعرض فى الحياة العمليــة من وقائع ، ولا يمكن تطبيقه على فروض الواقع إلا بتفسيره ، اى بالوقوف على ما يتضمنه من أحكام ، والبحث عن الحكم الواجب اعطاؤه لمـا قد يعرض فى العمل من فروض لم يواجهها هذا القانون ، فتفسير القانون هنا بمعناه الواســع : اى تفسير القاعدة القانونية أيا كان مصدرها (العرف ، الدين ، القــانون الطبيعى وقواعد العدالة) وذلك لبيان ما تتضمنه هذه المصــادر من أحكام تنطبق على ما تواجهه من فروض ، فإن عجزت هذه المصــادر الربســمية ـــ الأصلية او التكميلية ـــ عن اعطاء الحكم لبعض ما قد يستجد من فروض فى واقع الحياة العملية ، فلا مناص حينئذ من دفع التفســير إلى غيرها من المصادر المادية أو الموضوعية للقاعدة القانونية لاستنباط الحكم منها ؛ لأنها تمثل جوهر القانون ومصدره الحقيقى ، فمشكلة التفسير مشكلة عامة تثار بصدد كل المصادر الرسمية للقانون على اختلافها ، ثم تجاوز ذلك كله إذا ما اعتراها نقص إلى المصادر الأولية المكونة لجوهر القانون ، هذا بخــلاف الاتجاه الذى يقصر التفسير على القواعد المكتوبة فقط اى على القانون فحسب ويستبعد كافة القواعد غير المكتوبة لانها لا تعدو فى نظره أن تكون سوى معانى او احاسيس تستقر فى اذهان الناس دون أن تحدد فى نص معين — انظر فى هذا المعنى الأخير د. عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٠١ وهو يقتدى فى هذا الاتجاه بأستاذ الأجيال فى الفقه القانونى د. عبد الرزاق السنهورى ، و د. احمد حشمت أبو ستيت فى أصول القانون ط ١٩٥٢ فقرة ١٥٨ — ورغم أن التفسير للقانون يعد أوسع من تصورنا له لأول وهله ؛ إلا انه لا يحتل مكان الصدارة إلا فى الأبحاث المتصلة بتفسير القانون بمعناه الضيق ؛ حتى صار يطلق على تفسير القانون تفسير التشريع . ولكن ليس معنى ذلك أن نغفل إمكان التفسير لما عداه من القواعد الرسمية الأخرى كما يقول البعض ؛ لأن الأكثرية الغالبة لا تعنى إلغاء الأقلية النادرة فى هذا الصدد . راجع فى هذا المعنى د. حسن كيرة فى المرجع الســابق فقــرة ٢١٠ ص ٣٩٧ و ٣٩٨ ، و د. احمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن فى المرجع السابق فقرة ٣٨ ص ١٠١ و ١٠٢ .

ويطلق على تفسيره عندئذ اصطلاح التفسير التشريعي ، فتفسير التشريع الوضعي إذن يتم في ثلاث صور : التفسير التشريعي ، والتفسير القضائي ، والتفسير الفقهي .

٨٩ — التفسير التشريعي :

التفسير التشريعي (L'interprétation législative) سمى هنا تشريعا لأن تشريعا من السلطة المختصة يصدر به وهو في الغالب يصدر عندما تلاحظ السلطة التشريعية في الدولة أن خلافا ظاهرا قد ثار في المحاكم حول تحديد المعنى الذي قصد من تشريع سابق ، أو حين تلاحظ أن المحاكم قد فهمت هذا التشريع بشكل يتضاد مع المعنى المقصود منه ، أو بشكل يسلبه جوهر المعنى الذي يقصده . ولو ترك الأمر هكذا لضاعت كل قيمة من إصدار التشريع ، ولذلك لم يكن هناك مفر من تدخل السلطة التشريعية لتعيد الأمر إلى نصابه وتبين حقيقة قصدها من التشريع . أو هو بمعنى آخر مختصر ، ذاك التفسير الذي يصدر من السلطة التشريعية ذاتها لإيضاح جلاء غموض تشريع قديم سبق لها أن أصدرته [١].

ومن أمثلة التفسير التشريعي في مصر المرسوم بقانون الصادر في ٢ مايو سنة ١٩٣٥ بتفسير المرسوم بقانون الصادر في ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ الخاص بتقرير السعر الإلزامي لأوراق (البنكنوت) ، وبطلان شرط الدفع بالذهب ، واعتبار الوفاء بأوراق (البنكنوت) كما لو كان حاصلا بالعملة الذهبية .

وقد اختلفت المحاكم في شأن شرط الوفاء بالذهب ، فبعض المحاكم قضى ببطلان هذا الشرط وبعض آخر قضى بصحته ، وبعض أخير ميز بين المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية فأبطل الشرط في المعاملات

---

(١) د. عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٠٤ ص ٣٣٤ ، و د. احمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن فقرة ٣٩ ص ١٠٣

الداخلية ، واعتبره صحيحا فى المعاملات الخارجية ، فلم يجد المشرع الوضعى مناصا من أن يصدر المرسوم رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ م ليحسم وبصورة قاطعة ما نشب من خلاف فى تفسير المرسوم الصادر فى ١٢ أغسطس سنة ١٩١٤ م بصدد المسألة التى قام بشأنها الخلاف فى القضاء وهى مسألة شرط الدفع بالذهب ، فأعلن أن هذا الشرط باطل فى المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية على حد سواء ، واعتبر هذا منه تفسيرا لمرسوم ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ م الذى ورد عاما فى هذا الصدد وبدون تخصيص . ويعد هذا التفسير التشريعى تفسيرا كاشفا أى مظهرا لحقيقة المراد من التشريع الذى نحن بصدده ، ولذلك فإنه يطبق على كل الوقائع التى حدثت منذ صدور التشريع الأول[1] .

ومما تجدر ملاحظته أن التفسير التشريعى يصدر من نفس الهيئة التى أصدرت التشريع . ولكن قد يعطى المشرع الوضعى سلطة تفسير تشريع معين لهيئة أخرى غير الهيئة التى أصدرت التشريع . وهذا هو ما فعله القانون رقم ٢٦٤ لسنة ١٩٥٢ الذى أضاف إلى قانون الإصلاح الزراعى[2] مادة جديدة برقم ١٢ مكررا[3] تعطى الهيئة العليا للإصلاح

---

(١) وانظر ايضا من امثلة التشريع التفسيرى : نقض ٧ مايو سنة ١٩٥٩ بمجموعة النقض المدنية س ١٠ ص ٣٩٠ ، ونقض ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٦٠ بمجموعة النقض المدنية س ١١ رقم ١١١ ص ٦٨١ ، ونقض اول نوفمبر سنة ١٩٦٢ بمجموعة النقض المدنية س ١٣ رقم ١٤٨ ص ١٩٣ ، ومن ذلك ايضا قرار اللجنة العليا لتفسير قانون تقدير الإيجارات رقم ١ لسنة ١٩٦٤ والذى يقضى بأن قيمة نور المدخل والسلم واجرة البواب ومصروفات تشغيل المصعد وصيانته تدخل ضمن القيمة الإيجارية المقدرة بمعرفة لجان التقدير ، ولا يحق للمؤجر تحصيلها من المستأجر ولو نص عليها فى عقد الإيجار . انظر فى هذا المعنى د. عبد الناصر العطار فقرة ١٠٥ ص ٢٢٩

(٢) القانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ م الخاص بتحديد الحد الأقصى للملكية الزراعية للفرد بمائتى فدان .

(٣) تنص هذه المادة على أن : « للجنة العليا تفسير احكام القانون ؛ وتعتبر قراراتها فى هذا الشأن تفسيرا تشريعيا ملزما وتنشر فى الجريدة الرسمية » .

الزراعى سلطة تفسير أحكام هذا القانون ، واعتبر قراراتها فى هذا الشأن تفسيرا تشريعيا ملزما وتنشر فى الجريدة الرسمية .

ولا شك أن التفسير التشريعى تفسير ملزم ، يجب العمل به كالتشريع تماما طالما صدر فى نطاق أحكام التشريع المفسر ذاتها ، ولم يتجاوزها لأن التجاوز إنشاء لقواعد تشريعية جديدة والأخيرة لها ضوابطها وقواعدها التى لا مجال لها فى هذا الصدد ، لأننا بشأن تفسير التشريع لا الإنشاء له ، وفى إطار التفسير التشريعى يعد هذا التفسير ملزما فى شأن ما جاء به فى نطاق ما أسلفنا .

هذا وقد يصدر تشريع معين ، ولا يفصح عما إذا كان تشريعا تفسيريا أو تشريعا أصيلا . والمعيار الذى يتبع فى هذه الحالة للتمييز بين النوعين هو أن يصدر التشريع ليحسم مسألة خلافية تدخل فى النطاق الطبيعى لقانون سابق — كما بينا — فإن كان كذلك عد تفسيرا وكان له أثر رجعى ، وإن لم يكن كان تشريعا أصليا لا يسرى على الماضى ما لم ينص المشرع الوضعى فيه على خلاف ذلك [1] .

٩٠ — التفسير القضائى : (L'interprétation judiciaire)

هذا التفسير يعنى تحديد القاضى مضمون القاعدة القانونية التى يطبقها على نزاع معروض أمامه . ونظرا لأنه أحد أعضاء السلطة القضائية فإن تفسيره يطبق على الدعوى التى ينظرها ويلزم الأطراف ، وينفذ بالقوة الجبرية عند الاقتضاء [2] . ويتأثر القاضى عادة بالاعتبارات العملية

---

(١) د. عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٠٤ ، و د. عبد المنعم البدراوى فقرة ٩٦ ، و د. حسن كيرة فقرة ٢١١ ، و د. احمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن فقرة ٣٩ ، و د. عبد الناصر العطار فقرة ١٠٥ .

(٢) فالتفسير القضائى يقصد به ذاك التفسير الذى تتولاه المحاكم حينما =

الداخلية ، واعتبره صحيحا فى المعاملات الخارجية ، فلم يجد المشرع الوضعى مناصا من أن يصدر المرسوم رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ م ليحسم وبصورة قاطعة ما نشب من خلاف فى تفسير المرسوم الصادر فى ١٢ أغسطس سنة ١٩١٤ م بصدد المسألة التى قام بشأنها الخلاف فى القضاء وهى مسألة شرط الدفع بالذهب ، فأعلن أن هذا الشرط باطل فى المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية على حد سواء ، واعتبر هذا منه تفسيرا لمرسوم ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ م الذى ورد عاما فى هذا الصدد وبدون تخصيص • ويعد هذا التفسير التشريعى تفسيرا كاشفا أى مظهرا لحقيقة المراد من التشريع الذى نحن بصدده ، ولذلك فإنه يطبق على كل الوقائع التى حدثت منذ صدور التشريع الأول[1] •

ومما تجدر ملاحظته أن التفسير التشريعى يصدر من نفس الهيئة التى أصدرت التشريع • ولكن قد يعطى المشرع الوضعى سلطة تفسير تشريع معين لهيئة أخرى غير الهيئة التى أصدرت التشريع • وهذا هو ما فعله القانون رقم ٢٦٤ لسنة ١٩٥٢ الذى أضاف إلى قانون الإصلاح الزراعى[2] مادة جديدة برقم ١٢ مكررا[3] تعطى الهيئة العليا للإصلاح

---

(١) وانظر ايضا من امثلة التشريع التفسيرى : نقض ٧ مايو سنة ١٩٥٩ بمجموعة النقض المدنية س ١٠ ص ٣٩٠ ، ونقض ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٦٠ بمجموعة النقض المدنية س ١١ رقم ١١١ ص ٦٨١ ، ونقض اول نوفمبر سنة ١٩٦٢ بمجموعة النقض المدنية س ١٣ رقم ١٤٨ ص ١٩٣ ، ومن ذلك ايضا قرار اللجنة العليا لتفسير قانون تقدير الإيجارات رقم ١ لسنة ١٩٦٤ والذى يقضى بأن قيمة نور المدخل والسلم وأجرة البواب ومصروفات تشغيل المصعد وصيانته تدخل ضمن القيمة الإيجارية المقدرة بمعرفة لجان التقدير ، ولا يحق للمؤجر تحصيلها من المستأجر ولو نص عليها فى عقد الإيجار . انظر فى هذا المعنى د. عبد الناصر العطار فقرة ١٠٥ ص ٢٢٩

(٢) القانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ م الخاص بتحديد الحد الاقصى للملكية الزراعية للفرد بمائتى فدان .

(٣) تنص هذه المادة على ان : « للجنة العليا تفسير احكام القانون ، وتعتبر قراراتها فى هذا الشأن تفسيرا تشريعيا ملزما وتنشر فى الجريدة الرسمية » .

الزراعى سلطة تفسير أحكام هذا القانون ، واعتبر قراراتها فى هذا الشأن تفسيرا تشريعيا ملزما وتنشر فى الجريدة الرسمية .

ولا شك أن التفسير التشريعى تفسير ملزم ، يجب العمل به كالتشريع تماما طالما صدر فى نطاق أحكام التشريع المفسر ذاتها ، ولم يتجاوزها لأن التجاوز إنشاء لقواعد تشريعية جديدة والأخيرة لها ضوابطها وقواعدها التى لا مجال لها فى هذا الصدد ، لأننا بشأن تفسير التشريع لا الإنشاء له ، وفى إطار التفسير التشريعى يعد هذا التفسير ملزما فى شأن ما جاء به فى نطاق ما أسلفنا .

هذا وقد يصدر تشريع معين ، ولا يفصح عما إذا كان تشريعا تفسيريا أو تشريعا أصيلا . والمعيار الذى يتبع فى هذه الحالة للتمييز بين النوعين هو أن يصدر التشريع ليحسم مسألة خلافية تدخل فى النطاق الطبيعى لقانون سابق — كما بينا — فإن كان كذلك عد تفسيرا وكان له أثر رجعى ، وإن لم يكن كان تشريعا أصليا لا يسرى على الماضم ما لم ينص المشرع الوضعى فيه على خلاف ذلك [1] .

٩٠ — التفسير القضائى : (L'interprétation judiciaire)

هذا التفسير يعنى تحديد القاضى مضمون القاعدة القانونية التى يطبقها على نزاع معروض أمامه . ونظرا لأنه أحد أعضاء السلطة القضائية فإن تفسيره يطبق على الدعوى التى ينظرها ويلزم الأطراف ، وينفذ بالقوة الجبرية عند الاقتضاء [2] . ويتأثر القاضى عادة بالاعتبارات العملية

---

(١) د. عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٠٤ ، و د. عبد المنعم البدراوى فقرة ٩٦ ، و د. حسن كيرة فقرة ٢١١ ، و د. احمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن فقرة ٣٩ ، و د. عبد الناصر العطار فقرة ١٠٥ .

(٢) فالتفسير القضائى يقصد به ذاك التفسير الذى تتولاه المحاكم حينما =

يحكم الواقعة كان عليه أن يبحث عن نية المشرع الوضعى المفترضة لحكم هـذه الواقعة ، أى ما يفترض أن واضع التشريع كان يحكم به فيهـا مستنتجا هذه النية المفترضة من حكمة التشريع والأعمال التحضيرية له أو باللجوء إلى إحدى وسائل الاستنتاج المنطقى .. الخ وبهذا لا يخرج القاضى والفقيه فى التفسير عن معانى نصوص التشريع الوضعى وتظل هذه المعانى ثابتة طالمـا لم يتغير التشريع أو يتعدل[1] .

ومما تقدم يظهر لنا فضل هذه المدرسة فى إرساء تقاليد التفسير النصى القائم على تفهم اللغة ودلائلها المنطقية . وبتطبيق هذا المنهج على النصوص التشريعية سيؤدى بدوره إلى صقل أدوات المنطق القانونى الشكلى .

ويعيب هذه المدرسة أنها قدّست التشريع الوضعى وجعلته المصدر الوحيد للقاعدة القانونية . وقصرت مهمة التفسير على التشريع الوضعى فقط دون سواه وهذا بلا شك جمود منها لأن المصادر الأخرى للتشريع الوضعى تثرى الفكر القانونى وتعين على بعث الحيوية فى نصوص التشريع وعلى الأخص من خلال ما يطلق عليه مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة لأن هذا المصدر يطلق الطاقات الخلاقة لرجل القضاء فى التفسير العملى للقانون وهو بصـدد تطبيقه على نزاع قضـائى معين معروض عليه .

---

(١) وقد لخّص طريقة الشرح على المتون العميد بلاندو فى خطابه الذى القاه فى ١٠ يناير سنة ١٨٣ أمام كلية حقوق باريس بمناسبة انعقاد المسابقة لاختيار خلف للأستاذ موران . انظر فى هذا الموضوع Ecole de l'exégèse فى كتابه Bonnecase ص ١٧ ــ ص ٢٨ ومقال د. أحمد حشمت ابو ستيت فى مجلة القانون والاقتصاد س ٥ ، ٦٤ ص ٤٢٣ وما بعدها ، و د. مختار القاضى فى المرجع السابق ص ٨١ والمراجع التى أشار إليها فى هامش ١

ثانيا — المدرسة التاريخية او الاجتماعية
(L'école Historique ou sociologique) :

هذه المدرسة[١] على عكس سالفتها لأنهـا تنادى بتطور القانون وفق تطور النشاط الاجتماعى وتفسيره بالتالى وفق ما يتمشى مع ظروف المجتمع ، أى مع المتغيرات الاجتماعية والاقتصـادية بصفة خاصـة ، فلا ينبغى فى نظرهم الوقوف عند نية واضع التشريع وقت وضعه ، وإلا ترتب على ذلك تجمّد القانون عند زمن صدوره وعدم تطوره ، لذا يجب على المفسر أن يبحث عند تفسيره للنص التشريعى عن نية واضع هـذا التشريع المحتملة إزاء الظروف الاجتماعية والاقتصادية المتغيرة وعليه فى هذا الصدد أن يعتبر أن هذا النص الذى يتولى تفسيره قد انفصل بصدوره عن واضعه ، وأصبح له كيانه المستقل وذاتيته التى لا علاقة لهـا حينئذ إلا بما نيطت به من أحكام ، وهذا يجعل التشريع مرنا يتلاءم مع ما يستجد من الظروف الاجتماعية والاقتصادية[٢] .

وإذا تميزت هذه المدرسة بالمرونة إلا أنها تجعل القاضى أو الفقيه لا يلتزم عبارات النص وألفاظه عند تفسيره له ، وإنما يطوع معانى هذه الألفاظ لمقتضيات التطور . وهذا ولا شك سيؤدى إلى عدم ثبات معانى التشريع لأنها ستتغير بتغير الظروف الاجتماعية ، وقد يترتب على ذلك أثرا عكسيا لمـا قصده المشرع الوضعى بهذا القانون وحينئذ يفقد النص فى الغالب قيمته وقد يصبح وجوده عديم الجدوى فى بعض الوقائع .

---

(١) ظهرت هذه المدرسة فى المانيا ولم تجد لها فى فرنسا إلا انصـارا قليلين . وتأثرها واضح وكبير بتعاليم المذهب التاريخى فى تفسير القـانون باعتباره خلقا ذاتيا ينبعث من الجماعة ولذلك فإن إرادة المشرع لا قيمة لها فى ذاتها . وإنما قيمتها تنحصر فى مدى تعبيرها عن حاجات الجمـاعة المتطورة والمتجددة . انظر د. حسن كيرة فقرة ٢١٥ ص ٤٠٩ ، والمراجع التى اشار إليها فى هامش ١

(٢) د. حسن كيرة ص ٤٠٩ و ٤١٠ ، و د. عبد الناصر العطار ص ٢٣٣

يحكم الواقعة كان عليه أن يبحث عن نية المشرع الوضعى المفترضة لحكم هـذه الواقعة ، أى ما يفترض أن واضع التشريع كان يحكم به فيهـا مستنتجا هذه النية المفترضة من حكمة التشريع والأعمال التحضيرية له أو باللجوء إلى إحدى وسائل الاستنتاج المنطقى .. الخ وبهذا لا يخرج القاضى والفقيه فى التفسير عن معانى نصوص التشريع الوضعى وتظل هذه المعانى ثابتة طالمـا لم يتغير التشريع أو يتعدل [1] .

ومما تقدم يظهر لنا فضل هذه المدرسة فى إرساء تقاليد التفسير النصى القائم على تفهم اللغة ودلائلها المنطقية . وبتطبيق هذا المنهج على النصوص التشريعية سيؤدى بدوره إلى صقل أدوات المنطق القانونى الشكلى .

ويعيب هذه المدرسة أنها قدّست التشريع الوضعى وجعلته المصدر الوحيد للقاعدة القانونية . وقصرت مهمة التفسير على التشريع الوضعى فقط دون سواه وهذا بلا شك جمود منها لأن المصادر الأخرى للتشريع الوضعى تثرى [illegible] على بعث الحيوية فى نصوص التشريع وعلى الأخص من خلال ما يطلق عليه مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة لأن هذا المصدر يطلق الطاقات الخلاقة لرجل القضاء فى التفسير العملى للقانون وهو بصـدد تطبيقه على نزاع قضـائى معين معروض عليه .

---

(١) وقد لخَّص طريقة الشرح على المتون العميد بلاندو فى خطابه الذى القاه فى ١٠ يناير سنة ١٨٣ أمام كلية حقوق باريس بمناسبة انعقاد المسابقة لاختيار خلف للأستاذ موران . انظر فى هذا الموضوع Ecole de l'exégèse فى كتابه Bonnecase ص ١٧ ـــ ص ٢٨ ومقال د. أحمد حشمت ابو ستيت فى مجلة القانون والاقتصاد س ٥ ، ٦٤ ص ٤٢٣ وما بعدها ، و د. مختار القاضى فى المرجع السابق ص ٨١ والمراجع التى اشار إليها فى هامش ١

ثانيا — المدرسة التاريخية او الاجتماعية
(L'école Historique ou sociologique) :

هذه المدرسة[١] على عكس سالفتها لأنهـا تنادي بتطور القانون وفق تطور النشاط الاجتماعي وتفسيره بالتالي وفق ما يتمشى مع ظروف المجتمع ، أى مع المتغيرات الاجتماعية والاقتصـادية بصفة خاصـة ، فلا ينبغي في نظرهم الوقوف عند نية واضع التشريع وقت وضعه ، وإلا ترتب على ذلك تجمد القانون عند زمن صدوره وعدم تطوره ، لذا يجب على المفسر أن يبحث عند تفسيره للنص التشريعي عن نية واضع هـذا التشريع المحتملة إزاء الظروف الاجتماعية والاقتصادية المتغيرة وعليه في هذا الصدد أن يعتبر أن هذا النص الذي يتولى تفسيره قد انفصل بصدوره عن واضعه ، وأصبح له كيانه المستقل وذاتيته التي لا علاقة لهـا حينئذ إلا بما نيطت به من أحكام ، وهذا يجعل التشريع مرنا يتلاءم مع ما يستجد من الظروف الاجتماعية والاقتصادية[٢] .

وإذا تميزت هذه المدرسة بالمرونة إلا أنها تجعل القاضي أو الفقيه لا يلتزم عبارات النص وألفاظه عند تفسيره له . وإنما يطوع معاني هذه الألفاظ لمقتضيات التطور . وهذا ولا شك سيؤدي إلى عدم ثبات معاني التشريع لأنها ستتغير بتغير الظروف الاجتماعية ، وقد يترتب على ذلك أثرا عكسيا لمـا قصده المشرع الوضعي بهذا القانون وحينئذ يفقد النص في الغالب قيمته وقد يصبح وجوده عديم الجدوى في بعض الوقائع .

---

(١) ظهرت هذه المدرسة في ألمانيا ولم تجد لها في فرنسا إلا انصـارا قليلين . وتأثرها واضح وكبير بتعاليم المذهب التاريخي في تفسير القـانون باعتباره خلقا ذاتيا ينبعث من الجماعة ولذلك فإن إرادة المشرع لا قيمة لها في ذاتها . وإنما قيمتها تنحصر في مدى تعبيرها عن حاجات الجمـاعة المتطورة والمتجددة . انظر د. حسن كيرة فقرة ٢١٥ ص ٤٠٩ ، والمراجع التي اشار إليها في هامش ١

(٢) د. حسن كيرة ص ٤٠٩ و ٤١٠ ، و د. عبد الناصر العطار ص ٢٣٣

وهذا ما لا ينبغى أن يكون حتى لا نفتح باب الهوى والغرض على محراب القضاء ونخاطر بحسن العدالة فى سبيل امضاء مثل هذه النزعات المتقلبة .

ثالثا – مدرسة البحث العلمى الحر :
(Ecole la libre recherche scientifique) :

هذه المدرسة [1] تسمى بالمدرسة العلمية L'école scientifique وقد نادت بالبحث عن نية واضع التشريع الحقيقية عند وضعه له ، فإن تعذر استظهارها فلا ينبغى للمفسر (القاضى أو الفقيه) أن يلجأ إلى النية المفترضة أو النية الاحتمالية ، وإنما يعتبر ذلك سكوتا من المشرع الوضعى عن حكم الواقعة التى بصددها المفسر عندئذ يتجه المفسر عن طريق البحث العلمى الحر إلى استنباط الحكم الواجب التطبيق من مصادر القانون الأخرى كالعرف أو مبادىء الشريعة الاسلامية أو مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة أو من المصادر الموضوعية كالحقائق الطبيعية والتاريخية والعقلية والمالية .

وهذا الاتجاه ولا شك هو أفضل من سابقيه لأنه لا يعتمد تفسير النصوص متنا متنا كمدرسة الشرح على المتون ، ولا يعتمد مذهب المدرسة التاريخية أو الاجتماعية التى تفسر النص التشريعى بصورة يشوبها المخاطرة وتفتح الباب للأهواء وإنما يعتمد مدرسة موضوعية تقوم على البحث والفكر العلمى الحر . وهذا الاتجاه نؤيده مع الفقه القانونى الغالب شريطة

---

(١) ظهرت هذه المدرسة لتحارب من ناحية عبودية النصوص والاعتقاد فى انحصار القانون وتفسيره فى التشريع كما جرى بذلك منطق مدرسة التزام النص ، ولتحارب من ناحية أخرى منطق المدرسة الاجتماعية فى إخضاع التفسير للظروف المتطورة والمتغيرة المحيطة بالجماعة ، وزعيم هذه المدرسة هو الفقيه جينى ، وفضله كبير فى التنبيه إلى عدم أخذ القانون كشكل فقط ، وإنما كجوهر يتألف من الحقائق الأربع المختلفة وهى الحقائق الطبيعية والتاريخية والعقلية والمثالية . انظر د. حسن كيرة فقرة ٢١٧ ، و د. عبد الناصر العطار ص ٢٣٢

أن يرجع فى تقييمه للقاعدة القانونية إلى الواقع المستمد من حياة الجماعة وإلى فكرة العدل التى يكشف عنها العقل ، وأن يتجنب كافة الانتقادات الذى سبق أن وجهت إليه وأشرنا إليها سلفا [١] .

٩٤ — تفسير التشريع المصرى :

تنص المـادة الأولى من القانون المدنى على ما يلى :

« ١ — تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فى لفظها أو فى فحواها .

٢ — فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف فإذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادىء الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد فبمقتضى القانون الطبيعى وقواعد العدالة » .

يستخلص من هذا النص أن تفسير التشريع المصرى لم يتقيد بمذهب معين ، فالمشرع الوضعى كلّف القاضى بالبحث عن فحوى النص ، وبتطبيق مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة إذا لم يوجد نص يحكم النزاع . وهو بهذا يميل إلى كل من مدرسة البحث العلمى الحر والمدرسة التاريخية أو الاجتماعية أكثر من مدرسة الشرح على المتون .

ويلجأ القضاء والفقه القانونى فى مصر عند تفسير التشريع الوضعى ، إلى الاستفادة بمناهج المدارس القانونية فى هذا الصدد ، مع استخدام مناهج أصول الفقه الإسلامى تفسير الأحكام نظرا لما فيها من غزارة فى الثقافة ، ورصانة فى الأسلوب ، ودقة فى التعبير ، وحصافة فى التأصيل . وفيما يلى نعرض لهذه المناهج بإعطاء فكرة عامة عنها .

---

(١) راجع فيما سبق فقرة ٥٥ المتعلقة بتقدير نظرية جينى ، وانظر د. حسن كيرة ص ٤١٢ ، و د. عبد الناصر العطار ص ٢٣٢

٩٥ ــ حالات التفسير الثلاث والمناهج التى تحكمها :

إن حالات التفسير لا تخرج على الإطلاق عن ثلاث حالات : إما أن يجد المفسر نصا فى التشريع الوضعى يحكم الحالة التى يواجهها وإما لا يجد ، وإذا وجد هذا النص فإما أن يكون نصا سليما من كل عيب وإما أن يكون النص معيبا بعيب معين من نقص أو غموض ، أو خطأ مادى ، أو تعارض مع نص آخر • وبذلك لا يخرج الأمر عن هذه الحالات الثلاث وهى :

(أ) حالة النص السليم •

(ب) حالة النص المعيب •

(جـ) حالة عدم وجود النص • وهى لا تدخل فى حالات التفسير بالمعنى الدقيق ، وإن كانت تدخل فى هذا المعنى على سبيل المجاز •

ونعرض بالبيان لهذه الحالات على التوالى فى فقرات ثلاث [1] •

٩٦ ــ الأولى : حالة النص السليم :

يقصد بالنص السليم ذلك النص الذى يؤدى إلى الغرض المقصود منه بمجرد فهم ألفاظه • فهو لفظ واضح الدلالة محدد المفهوم • ومن ثم لا يجوز للقاضى أن يترك حكم هذا النص بحجة أنه نص غير عادل أو لوجود نص آخر أولى بالتقديم عليه فى نظره أو أصلح منه أو أعدل • لأن حكم الشارع الوضعى واجب الاتباع ، ووظيفة القاضى هى تطبيق

---

(١) راجع فى هذا المعنى : د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون ط ١٩٧٠ فقرة ٩٧ وما بعدها ؛ و د. مختار القاضى فى أصول القانون ط ١٩٦٧ ص ١٤٣ وما بعدها ، و د. أحمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن فى الوجيز فى المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧٠ فقرة ٤١ وما بعدها ؛ و د. عبد الناصر العطار فى مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ط ١٩٧٩ فقرة ١٠٧ وما بعدها .

التشريع ، أما تعديل التشريع الوضعى فهو من شأن المشرع الوضعى . لا من شأن القاضى ولا الفقيه حتى ولو كان الحكم قاسيا ، فكما يقولون: « القانون هو القانون ولو كان قاسيا » (dura lex sed lex) [١]

ويجب أن يستخلص المعنى المقصود من النص ابتداء عن طريق تفهم عباراته وألفاظه وتراكيبه ، فلا بد من العلم بمفرداته كلها ومعانيه اللغوية ، وإذا كان لبعض ألفاظ النص معنى لغوى وآخر اصطلاحى ، فيفضل حمله على المعنى الاصطلاحى لا المعنى اللغوى ، والمراد بالمعنى الاصطلاحى ذلك الذى يستعمل به فى لغة القانون .

ويستخرج الحكم من النص بعد تفهم ألفاظه عن طريق دلالة المنطوق المتمثلة فى نفس ألفـاظ النص وتراكيبه اللغـوية ، أو عن طريق دلالة المفهوم ، ويقصد بدلالة المنطوق دلالة اللفظ على حكم شىء فى الكلام بالعبارة أو بالإشارة . ودلالة المفهوم يقصد بها دلالة اللفظ على حكم شىء لم يذكر فى الكلام ولم ينطق به ، فيستخرج الحكم من هذه الدلالة التى لم يرد ذكرها فى النص بأحد سبيلين إما مفهوم الموافقة وإما مفهوم المخالفة ، ومفهوم الموافقة يقصد به دلالة النص على ثبوت حكم المنصوص عليه للسكوت عنه بواسطة علة الحكم التى يمكن فهمها بمجرد فهم اللغة بدون حاجة إلى الاجتهاد أو الرأى ، ويقصد بمفهوم المخالفة دلالة اللفظ على مخالفة حكم المسكوت عنه لحكم المنطوق ، وذلك لانتفاء قيد من القيود المعتبرة فى هذا الحكم . وسيأتى لذلك مزيد بيان عند تعرضنا لحالة عدم وجود النص [٢] .

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى فى المرجع السابق ص ١٤٣

(٢) د. عبد الفتاح عبد الباقى فى نظرية القانون ط ١٩٦٦ فقرة ٢٠٨ ص ٢٣٨ وما بعدها . و د. عبد المنعم البدراوى فى المرجع السابق فقرات ٩٨ و ٩٩ و ١٠٠ ، و د. احمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن فى المرجع السابق فقرة ٤١ ، و د. عبدالناصر العطار ص ٢٤١ وما بعدها .

٩٧ — الثانية : حالة النص المعيب :

قد يشوب النص عيب أو أكثر ، وعندئذ يجب على من يتولى تفسيره أن يصلح هذا العيب بطرائق مختلفة على حسب الأحوال • وقد يتخذ العيب الذى يلحق النص إحدى صور أربع : الخطأ المادى ، والغموض ، والتعارض ، والنقض •

١ — الخطأ المادى فى صياغة النص : ومثاله نص المادة ١٠٣ من القانون المدنى القديم والتى نصت على أنه « يجوز أن يكون التعهد معلقا على أمر مستقبل أو غير محقق » وصحتها « أمر مستقبل وغير محقق » فوقع خطأ مادى فى حرف الواو ، فيستبدل المفسر واو العطف بحرف « أو » الوارد فى النص •

٢ — غموض النص : ومثاله التقليدى لفظ « الليل » فقد جعل منه قانون العقوبات ظرفا مشددا لمن يسرق أثناءه ، فثار الخلاف حول المقصود من هذا اللفظ لأنه يحتمل أن يراد منه المعنى الفلكى وهو يتحقق بمجرد غروب الشمس ويستمر حتى شروقها فى اليوم التالى بغض النظر عن حلول الظلام • ويحتمل أيضا أن يراد منه المعنى المتعارف عليه أى الفترة التى يسود فيها الظلام بالفعل حتى ولو تأخر بدؤها عن غروب الشمس وبكرت نهايتها عن شروقها • وقد تردد القضاء فى الأخذ بأى من المعنيين حتى بعد أن قررت محكمة النقض إنه المعنى الفلكى إلا أنها عادت لتقول إن تحديد الليل مسألة موضوعية ، وهذا يفيد أنها تأخذ الليل بمعنى الظلام •

٣ — التعارض بين النصوص : قد يرد هذا التعارض بين نصوص متفاوتة فى الدرجة ، وعندئذ نجد فكرة تدرج التشريع ؛ تستبعد التشريع الأدنى وتستبقى الأعلى ، مثل تعارض اللائحة مع القانون ، فالقانون يتقدم على اللائحة ، فيؤخذ بحكمه وتهمل اللائحة ، وهكذا

الوضع فى كافة التشريعات المتعارضة إذا كانت متفاوتة فى الدرجة . أما إذا كان التعارض بين نصوص من درجة واحدة ، فإن اللاحق منها ينسخ السابق ، لأن القانون الحديث ينسخ القانون القديم ، إلا إذا كانت النصوص متعارضة وفى درجة واحدة وصدرت فى تاريخ واحد . عندئذ يجب على المفسر أن يتبع قواعد الاستدلال فيقدم مدلول العبارة على مدلول الإشارة ، ويجب عليه أيضا وفى جميع الأحوال أن يبذل جهده فى التوفيق بين النصوص المتعارضة مستعينا بوسائل التفسير المختلفة ليحقق الجمع بينها ما أمكن ، وفى حدود القواعد المقررة للتفسير فى هذا الصدد .

٤ — النقص فى عبارة النص : فقد ترد عبارات النص ناقصة بعض الألفاظ بحيث لا يمكن فهم معناها إلا بتكملة العبارة ، والمثال على ذلك نص المادة ١٥١ من القانون المدنى القديم التى نصت على أن « كل فعل نشأ عنه ضرر للغير يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر » فيبدو من هذا النص أن واضعه لم يحدد نوع الفعل المعاقب عليه مع أنه يقصد به الفعل الخطأ ، فالنص ينقصه لفظ « خطأ » بعد لفظ « فعل » ، لأن الفعل غير الخاطىء لا يستوجب المسئولية مهما كانت الأضرار التى لحقت الغير من جرائه[1] .

ويجب على المفسر إذا ما اعترى النص عيب أو أكثر من العيوب السابق ذكرها أن يتبين القصد الحقيقى لواضع التشريع ، وهو يستطيع ذلك بوسائل متعددة ، كتقريب النصوص بعضها من بعض ، والرجوع إلى الأعمال التحضيرية ، والاستعانة بالمصادر التاريخية ، وبالبحث عن

---

(١) راجع : د. عبد المنعم البدراوى فقرة ١٠١ وما بعدها ، و د. مختار القاضى ص ١٤٣ وما بعدها ، و د. أحمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن فقرة ٤٢ ، و د. عبد الناصر العطار ص ٢٣٤ وما بعدها .

حكمة النص ، والاهتداء بالمبادىء العليا للتشريع الوضعى ، ليتمكن بتفسيره من الوصول إلى الحقيقة التى يتوخاها ويرفع بذلك العيب .

ونعرض فيما يلى لهذه الوسائل الواحدة تلو الأخرى [1] .

١ ــ تقريب النصوص : وذلك يتم على أساس اعتبار أن النص جزءا من كل ، فالألفاظ فى النص الواحد يكمل بعضها بعضا ، وإذا تعارضت بعض النصوص نوفق بينها ، فقد يخصص بعضها ما جاء عاما فى أحدها ، وبعضها قد يفسر مجملها أو يقيد ما أطلقه البعض ، كما أن بعضها ينسخ الآخر إذا كان الأخير فى مرتبة دونه ، فإذا تعارض المعنى اللغــوى مع المعنى الاصطلاحى تم تغليب المعنى اللغوى ، وهكذا حتى يمكن إزالة العيب الذى لحق بالنص على وجه لا يخل بمنطوق النصوص الأخرى بغير داع ، ويعين على ذلك أيضا تحديد درجة النص وتاريخه وصفته من حيث العموم أو الخصوص [2] .

٢ ــ الأعمال التحضيرية : ويقصد بها مجموعة الوثائق الرسمية التى تتضمن كافة المراحل المختلفة للنص وما صاحبه من مناقشات سواء كانت هذه المناقشات قد سبقت أو صاحبت صدور التشريع الوضعى. ومثالها المذكرات التفسيرية أو الإيضاحية التى تصاحب التشريع عند صدوره أو عند تقديمه لمجلس الشعب فى صورة اقتراح بقانون

---

(١) د. مختار القاضى ص ١٤٥ وما بعدها ، و د. عبد المنعم البدراوى فقرة ١٠٦ وما بعدها .

(٢) وهذه الوسيلة تقابل فى الفقه الإسلامى عمل السنة بالنسبة لبعض النصوص القرآنية ، ولبعض نصوص السنة القولية عند الاقتضاء ، فالسنة تعتبر بصورة عامة ضرورية لفهم الكتاب ــ القرآن الكريم ــ ولا يمكن أن يستغنى عنها فى فهمه وتطبيقه ، لأن بها بيان مجمله ، وإيضاح مشكله ، وتقييد مطلقه ، وتدارك ما لم يذكر فيه كعدد ركعات الصلاة بالنسبة لكل فريضة . انظر فى هذا المعنى عيسوى احمد عيسوى فى المدخل للفقه الإسلامى ص ١٩٩

أو مشروع قانون ، فهذه المذكرات المصاحبة هي التي تفسر ما غمض من أحكامه ، وتفيد المفسر في الكشف عن قصد واضع التشريع ، وللمفسر أن يطرح بعض آراء من ناقشوا التشريع قبل صدوره وله أن يأخذ ببعضها ، بل له أن يطرح ما جاء في المذكرة الإيضاحية إذا ما تعارض مع ظاهر النصوص ، لأنها لا تعدو أن تكون مجرد اجتهاد شخصي من جانب واضعيها في تفسير النصوص قد يجانبه التوفيق . لذا ينبغي التعامل بحذر شديد مع الأعمال التحضيرية إذا ما تم الاستعانة بها في تفسير النصوص [١] .

٣ — المصادر التاريخية : يقصد به المصدر الذى استمد منه واضع التشريع نصوص التشريع ، فالأصول التاريخية للتشريع تساعدنا في كثير من الأحيان على تعرف قصد واضع التشريع من النصوص ، فيمكن الاستعانة بها في كشف غموض النص أو تكملته أو رفع التعارض بينه وبين غيره من النصوص التشريعية الأخرى ، أو استخدام كل ذلك لتدارك عيوب النص . فمثلا القانون المدنى المصرى السابق استمد أحكامه من القانون الفرنسى ، فكان يرجع في تفسير أحكامه إلى هذا القانون باعتباره المصدر التاريخى له ، وكذلك القانون المدنى الحالى ، استقى أحكامه من القانون المدنى السابق والشريعة الإسلامية وبعض القوانين الأجنبية ، وعلى ذلك يرجع في تفسير نصوصه الغامضة إلى هذه المصادر التاريخية ، ويدخل في هذه المصادر التاريخية البحث في العرف الجارى والتقاليد

---

(١) د. عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢١٨ ص ٣٤٩ وما بعدها . و د. عبد المنعم البدراوى فقرة ١٠٨ ص ١٥٤ و ١٥٥ ، و د. مختار القاضى ص ١٤٦ ، و د. احمد سلامة ود. حمدى عبد الرحمن فقرة ٤٣ ص ١١٠ وما بعدها . و د. عبد الناصر العطار ص ٢٣٥

المعمول بها لبيان ما إذا كان المشرع الوضعى قد رغب فى إحداث تغيير فيها أم لا [1] .

ويلاحظ أن المصادر التاريخية فى الفقه الوضعى تقابل فى التشريع الإسلامى أسباب النزول أو التنزيل ، أى الواقعة التى نزلت الآية القرآنية بمناسبتها .

٤ — حكمة التشريع [2] : أى الحكمة التى توخاها المشرع الوضعى فى وضع نص من النصوص بعينه ليحكم حالة معينة أو ينظمها ... دون سواه من النصوص ، فالمفسر يستعين بحكمة التشريع ratio legis فى سبيل فهم المقصود بالنصوص التشريعية وتكملتها وسد ما بها من قصور أو نقص . وتبيانا لذلك نقول إن المشرع لا يضع التشريع هباء وكيفما اتفق بل يتوخى دائما حكمة يضعها نصب عينيه ويريد أن يحققها عن طريق النص . وهذه الحكمة يطلق عليها رجال القانون اصطلاح روح التشريع . فحكمة التشريع إذن هى مقاصد الشارع من وضع التشريع . أو بتعبير أوضح هى المصلحة الاقتصادية أو الاجتماعية أو الدينية أو السياسية أو الخلقية التى يرمى واضع التشريع تحقيقها من وراء النص . فمعرفة هذه المقاصد من أهم ما يستعان به على فهم النصوص وتطبيقها على الوقائع ، مثال ذلك ما جاء فى المادة ٣٣٧ من قانون العقوبات التى تنص على أن « من أعطى بسوء نية شيكا بغير رصيد يقع تحت طائلة

---

(١) د. عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣٥٠ ، و د. مختار القاضى ص ١٤٨ ، و د. عبد المنعم البدراوى فقرة ١٠٩ ص ١٥٥ و د. أحمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن ص ١١٢ ، و د. عبد الناصر العطار ص ٢٣٦

(٢) راجع : د. مختار القاضى ص ١٤٦ ، و د. عبد المنعم البدراوى فقرة ١١٠ ص ١٥٦ ، و د. أحمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن ص ١١٣ ، و د. عبد الناصر العطار ٢٣٥ و ٢٣٦

الإحتيالي ، وحكمة ذلك أن القانون أراد أن يضرب على أيدى النصابين والمخادعين الذين يخدعون الناس بإعطائهم شيكات بدون رصيد ، وما دامت الحكمة كذلك فإن المحاكم تعاقب من يعطى شيكا بدون رصيد ما دام مكتوبا على الشيك تاريخ واحد وهو تاريخ استحقاقه ، حتى ولو ثبت بعد ذلك أن الشيك حرر فى تاريخ سابق على تاريخ الاستحقاق ، مع أن تحريره فى تاريخ سابق يفقده صفة الشيك ويعطى له صفة السند [١] الإذنى ، ولكن المحاكم رأت أن مجرد كتابة شيك بتاريخ واحد هو تاريخ الاستحقاق يخدع الجمهور الذى يتداول هذا الشيك بين يديه بطريق التحويل فيظن أن هذا الشيك مستوف لشرائطه القانونية ، وأن القانون يحميه ، فرأت المحاكم مشايعة لروح النص أن تكون عند حسن ظن الجمهور فتعاقب على مثل هذا الشيك .

ويجب الحذر عند الاستعانة بحكمة التشريع فلا يستعان بها إلا فى حالة النص المعيب أو إذا وجدت حالة لا نص عليها فيمكن الاستعانة فى فهمها بقياسها على نظائرها أو بفهم المقاصد العامة لواضع التشريع . فإذا كان النص لا يعانى من نقص أو غموض ويبدو سليما وواضحا وقاطعا فى دلالته على المراد منه ، فلا يجوز الخروج عليه أو تأويله بدعوى الاسترشاد بحكمة التشريع [٢] .

٥ — المبادىء العليا للتشريع : يجب على المفسر أن يستهدى بالمبادىء العليا للتشريع ، لأن لكل تشريع مبادىء عليا تحكمه ، ويتحرك فى

---

(١) يعرف السند الإذنى بأنه « صك محرر وفقا لأوضاع نص عليها القانون ويتضمن تعهد محرره بدفع مبلغ معين بتاريخ معين لإذن — أو لأمر — شخص آخر هو المستفيد » انظر د . قاسم عبد الحميد الوتيدى فى محاضرات فى القانون التجارى (على الآلة الضاربة سنة ١٩٨٤) ص ٥٦

(٢) د. عبد المنعم البدراوى ص ١٥٦

نطاقها ، ولا يسمح له بالخروج عليها • هذه المبادىء يجب أن يتوخاها القاضى وهو بصدد تفسيره للنص الغامض • فمثلا القاضى فى الاتحاد السوفيتى وهو يفسر النصوص يراعى المبادىء العليا المستقرة فى هذا النظام الشيوعى ويستوحيها على سبيل الإلزام [١] • وكذلك فى الأنظمة الرأسمالية الغربية هناك مبادىء عليا تحكم التشريعات المتصلة بحركة الأموال وإيداعها فى البنوك ، فإذا ورد فى هذا الصدد نص غامض فى شأن نزاع مرفوع إلى القضاء يتعلق بشئون المال أو الاقتصاد فعلى القاضى أن يفسر هذا النص فى إطار تلك المبادىء العليا التى تحكم النظام الرأسمالى والتى تتمثل فى حرية حركة رأس المال فى نطاق المصلحة العامة • وهذا ما ينبغى أن يفعله القاضى المصرى فى ظل الدستور الحالى (دستور ١١ سبتمبر سنة ١٩٧١) الذى نص على أن الشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع ، فيجب عليه عند تفسير النصوص الغامضة أن يراعى أحكام هذه الشريعة باعتبارها المثلة للمبادىء العليا فى التشريع المصرى بنص الدستور [٢] •

٩٨ ـ الثالثة : حالة عدم وجود النص :

إذا لم يهتد الباحث أو القاضى أو المفسر إلى حكم مباشر فى النص ، فإنه لا يسوغ له أن يرجع إلى المصدر الثانى وهو العرف ، بل يجب عليه أن يبحث عن الحكم ويتعرف عليه بطريق غير مباشر ، يسمى بالقياس ، فإذا لم يجد شيئا فى هذا الطريق ، قيل فى هذه الحالة إن التشريع خال

---

(١) راجع : د. محمد على عرفه فى مبادىء العلوم القانونية ط ١٩٥٢ ص ٣٠ ، و د. مختار القاضى فى أصول القانون ط ١٩٦٧ ص ١٤٨ و ١٤٩

(٢) فقد جاء فى المادة الثانية من الدستور النص على أن « الإسلام دين الدولة ، واللغة العربية لغتها الرسمية ، ومبادىء الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع » •

من الحكم وعندئذ لا مناص من الالتجاء إلى العرف • ومناهج الفقه الوضعي في هذه الحالة تدفع القاضي أو الفقيه إلى البحث عن النية المفترضة لواضع التشريع وهذا هو اتجاه مدرسة الشراح على المتن • أو عن النية المفترضة وهذه هي المدرسة التاريخية أو الاجتماعية ، بينما تتجه مدرسة البحث العلمي الحر إلى البحث عن الحكم في مصادر أخرى للقانون كالمصادر الرسمية ثم الموضوعية[1] •

وللبحث عن النية المفترضة لواضع التشريع ينبغي أن يسأل المفسر نفسه قائلا : ماذا كان سيصنع واضع التشريع إذا فرض ووضع لهذه الواقعة حكما في وقته ؟ وفي إجابة المفسر على هذا السؤال يجب أن لا يلجأ إلى مجرد التخمين أو الحدس وإنما ينبغي عليه أن يلجأ إلى القياس باعتبار أن الحكم يدور مع علته وجودا وعدما ، كما له أن يلجأ إلى المبادىء العامة للتشريع ليستخلص منها الحكم الذي يتوخاه •

أما كيفية البحث عن النية الاحتمالية لواضع التشريع من خلال منهاج المدرسة التاريخية أو الاجتماعية ، فإن على الباحث أن يسأل نفسه أيضا قائلا : ماذا كان سيصنع واضع التشريع إذا فرض ووضع تشريع يحكم هذه الواقعة في ظل الظروف والمصالح التي جدت ولم تكن قائمة في زمانه ؟ وعند إجابة الباحث على هذا السؤال ينبغي عليه أن يضع الحكم مراعيا فيه كافة الظروف والمصالح التي جدت ، فإذا لجأ إلى القياس ، فإن قياسه يقوم على أساس الحكمة من الحكم لا على أساس العلة[2]• وإذا ما لجأ

---

(١) د. احمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن ص ١١٤ — ص ١٢٠ ، و د. عبد الناصر العطار ص ٢٣٦ — ص ٢٣٨ . و د. مختار القاضى ص ١٤٩ — ص ١٥٥

(٢) الفرق بين العلة والحكمة : ان الحكمة هى المصلحة المقصودة من تشريع الحكم ، والعلة هى الوصف الظاهر المنضبط الذى يظن أنه محقق لهذه =

إلى المبادىء العامة للتشريع ينبغى عليه أن يبلورها فى نطاق المصالح السائدة فى المجتمع لحظة التطبيق •

أما مدرسة البحث العلمى الحر (المدرسة العلمية) فمن أنصارها من يرى استنباط الحكم غير المنصوص عليه فى التشريع الوضعى بالالتجاء إلى المبادىء العامة فى هذا التشريع الوضعى [1] •

(أ) كيفية استخراج الحكم عن طريق القياس وفق منهج مدارس التشريع الوضعى :

إن كافة مدارس التشريع الوضعى إذا لجأت إلى القياس تلجأ إليه بمفهومها المتأصل فى النظريات التى تقوم عليها ، فبعضها ينظر للعلة والبعض الآخر ينظر للحكمة فى نطاق الظروف والمتغيرات الاجتماعية ، والبعض الأخير ينظر للقياس بمعياره الواقعى وهكذا • وعموما القياس

= المصلحة . ويظهر الفارق من ضرب هذا المثل علة قصر الصلاة فى السفر (مسافه القصر وهى حوالى ٨٤ كيلومترا) هى السفر ذاته المتمثل فى قطع هذه المسافة . اما حكمة القصر هنا فهى المشقة ، فالقياس الذى يكون معللا بالوصف الحقيقى الذى هو مظنه للحكمة مثل السفر ، مقدم على القياس الذى يكون معللا بنفس الحكمة مثل المشقة . وذلك لأن التعليل بالمظنة متفق عليه بين العلماء بخلاف التعليل بالحكمة فانه مختلف فيه ، والحكمة قد تتغير بتغير الظروف ، أما العلة فهى وصف ظاهر منضبط لا يتغير بتغير الظروف . فالسفر بالطائرات ليس فيه مشقة فى الغالب ومع ذلك تقصر فيه الصلاة استحبابا (لأن الله يحب ان تؤتى رخصة كما يحب أن تؤتى عزائمه) فالعلة هنا لا تتخلف، لكن الحكمة قد تتخلف بتخلف الوصف المتعلقة به وهو وصف ظاهر غير منضبط (كالمشقة مثلا) انظر فى التعليل بالوصف وبالحكمة رسالة د. السيد نشأت إبراهيم الدرينى فى القياس فى الأصول بين المؤيدين والمبطلين رسالة ماجستير فى الشريعة الإسلامية من كلية دار العلوم جامعة القاهرة ط ١٩٨١ ص ٧٦ — ص ١٢٤ . وانظر ايضا فى هذا المعنى د. محمد حسان عمار فى دراسات فى أصول الفقه (على الآلة الضاربة سنة ١٩٨٤) ص ٣٠

(١) د. عبد الناصر العطار فى المرجع السابق ص ٢٣٦ و ٢٣٧

ما هو إلا إعطاء حكم منصوص عليه لفرض آخر غير منصوص عليه لاتحاد علة الحكم فى الفرضين ، والقياس قد يكون بمفهوم الموافقة وهو الأصل ، وقد يكون بمفهوم المخالفة . وسمى المفهوم فى حالة الموافقة بمفهوم الموافقة لأن حكم الفرع يوافق حكم الأصل ، إذ أن علة الحكم فى الحالة غير المنصوص عليها أقوى من علة الحكم فى الحالة المنصوص عليها . وتسمى الحالة الأولى (وهى حالة تساوى العلة أو اتحادها فى الأصل والفرع) بالقياس العادى ، وتسمى الحالة الثانية (وهى حالة ظهور العلة فى الفرع بصورة أقوى من الأصل) بالقياس الأولوى أو من باب أولى . مثال القياس العادى ما ورد فى المادة ٣١٢ عقوبات من النص على أنه لا يحكم بعقوبة ما على من يرتكب سرقة إضرارا بزوجه أو زوجته أو أصوله أو فروعه . وعلة منع الحكم فى هذه الحالة هى المحافظة على الروابط والكيان الأسرى وعدم إثارة النفور بين أعضاء الأسرة الواحدة . فإذا فرض وارتكب الزوج جريمة نصب حيال زوجته (أو العكس) فإن هذا الفرض يكون غير فرض السرقة ، ومع ذلك لا يحكم فى هذه الحالة أيضا لأن الصلة موجودة بنفس القدر فى حالة النصب .

أما القياس الأولوى (أو من باب أولى ويسمى أيضا بالقياس الجلى) فمثاله ما جاء فى المادة ٢٣٧ عقوبات من النص على أن من فاجأ زوجته فى حالة تلبس بالزنا فقتلها هى ومن يزنى بها يعاقب بالحبس ، والعلة فى تخفيف العقوبة — فى نظر القانون — هى أن الحالة قتل للزانى ، وقد روعيت فى هذه الواقعة الحالة النفسية والعصبية التى يكون عليها المثلوم عرضه عندما يفاجأ بهذه الصورة التى تجعله يندفع فى ثورته لقتل الزانى فى الحال وبلا أدنى تفكير فى الغالب . فإذا فرض أن الزوج لم يقتل زوجته أو من زنى بها وإنما أحدث بها أو به أو بهما عاهة مستديمة ، فإن علة

التضييق على الزوج [illegible] الطهر في حالة المسامحة عنها في حالة القتل ، والقياس الأولوي هو [illegible] طرق القياس وأبعدها عن الزلل والخطأ[1] .

وقد يتم الاستنتاج [illegible] المشرع الوضعي عن طريق المفهوم العكسي أي القياس بمفهوم المخالفة . وهذا القياس يعرف بأنه إسناء فرض عكس الحكم الذي صرح المشرع الوضعي بإعطائه لفرض آخر لانتفاء قيد من القيود الذي أدخلها واضع التشريع في إعتباره عند ترتيبه للحكم ، وسمي هذا القياس بمفهوم المخالفة لأن حكم المسكوت عنه مخالف لحكم المنطوق به . فمثلا نصت المادة ٤٦٦ من القانون المدني على أنه « إذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه ، جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع » والمفهوم المخالف لهذا النص أن بيع الشيء غير المعين بالذات ليس قابلا للإبطال ، ويفهم أيضا بمفهوم المخالفة المستخلص من هذا النص أن حق الإبطال غير جائز للبائع إذا كان ما باعه مملوكا لغيره .

ويشترط لجريان الاستنباط بمفهوم المخالفة ألا يكون للقيد الذي قيد به الحكم المنصوص عليه فائدة أخرى سوى أن يمنع ترتب الحكم عند انتفائه ، فإذا كان له فائدة أخرى امتنع الاستنتاج بمفهوم المخالفة .

ويجدر بنا عند الاستدلال بمفهوم المخالفة أن تتوخى الاحتياط والحذر الشديد في استنباط الأحكام عن هذا الطريق ، فلا نأخذ به إلا إذا كانت دلالة المفهوم المخالف للحكم قوية جدا[2] .

---

(١) راجع : د. عبد المنعم البدراوي في مبادىء القانون ط ١٩٧٠ فقرة ١٠٠ ص ١٤٦ وما بعدها ، و د. مختار القاضي في أصول القانون ط ١٩٦٧ ص ١٥٥ وما بعدها ، و د. عبد الفتاح عبد الباقي في نظرية القانون ط ١٩٦٦ فقرة ٢١٢ وفقرة ٢١٣ ص ٣٤٢ وما بعدها ، و د. أحمد سلامة و د. حمدي عبد الرحمن في الوجيز في المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧٠ فقرة ٤٥ وما بعدها . و د. عبد الناصر العطار في مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ط ١٩٧٩ ص ٢٣٧ وما بعدها .

(٢) راجع : د. عبد الفتاح عبد الباقي في المرجع السابق فقرة ٢١٤

(ب) كيفية استخراج الأحكام عن طريق تمحيص المبادىء العامة للتشريع الوضعى :

يقصد بالمبادىء العامة للتشريع الوضعى فلسفته وأصوله ونظرياته فى إطارها العام وهى فى جملتها تنير الطريق أمام الباحث أو المفسر للتعرف على الحكم الذى يفترض أن واضع التشريع يقرره فى الحالة المعروضة . فإذا عرضت حالة مثلا تتصل بالعلاقة الإيجارية بين المؤجر والمستأجر أو بين العامل وصاحب العمل ولم يكن هناك نص فيها . عندئذ يجب أن يستخلص حكم هذه الحالة مما تقضى به المبادىء العامة لهذه التشريعات الوضعية [1] .

٩٩ – لمحات من مناهج أصول الفقه الإسلامى فى تفسير الأحكام :

إن فقهاء القانون والقضاء فى مصر يستخدمون مناهج أصول الفقه الإسلامى عند تفسير التشريع الوضعى . نظرا لما فيها من كنوز من البحوث المستفيضة فى تفسير الأحكام .

وفقهاء الشريعة الإسلامية عند تفسيرهم للنصوص جرى العرف بينهم على اتباع نهج خاص فى تمحيص النصوص . فيحددون مدى وضوحها ثم يبينون أدلتها ، فإذا لم يكن ثمة نص يحكم المسألة التى هم بصدد بحثها انتقلوا إلى رحابة الاجتهاد بقواعده وضوابطه .

ولسنا هنا بصدد ذكر مناهج فقهاء الأصول فى تفسير الأحكام

=

ص ٣٤٤ وما بعدها ، و د. عبد المنعم البدراوى فى المرجع السابق ص ١٤٧ وما بعدها ، و د. مختار القاضى فى المرجع السابق ص ١٥٥ وما بعدها ، و د. احمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن فى المرجع السابق ص ١١٧ ، و د. عبد الناصر العطار فى المرجع السابق ص ٢٣٨

(١) د. عبد الناصر العطار فى المرجع السابق ص ٢٣٨

بالتفصيل وإنما سنكتفى بلمحات سريعة وموجزة عن هذا المنهاج ، ومن رغب فى التعرف على مزيد من معالم هذه المناهج فلديه العديد من كتب التراث الأصولى ، بالإضافة إلى الكثير من المؤلفات والمراجع الحديثة التى تناولت مباحث أصول الفقه الإسلامى بالتأصيل والتحليل والتفصيل فمن شاء أن يستزيد علما فليرجع إلى ما شاء منها[1] .

---

(1) بعض كتب التراث فى أصول الفقه الإسلامى لمن به رغبة وقدرة على سبر اغوارها :

— الإحكام فى أصول الأحكام لأبى محمد على بن حزم الأندلسى الظاهرى، الطبعة الأولى بمطبعة دار السعادة بمصر .

— الإحكام فى أصول الأحكام لسيف الدين ابى الحسن على بن محمد الآمدى طبعة دار المعارف بالقاهرة — ارشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للامام محمد بن على بن محمد الشوكانى ، مطبعة على صبيح بالقاهرة — اصول البزدوى لعلى بن محمد بن عبد الكريم المعروف بالبزدوى ومعه كشف الأسرار — الاعتصام لأبى اسحق إبراهيم بن موسى بن محمد الشاطبى ، مطبعة مصطفى محمد — التحرير الجامع بين اصطلاحى الحنفية والشافعية لكمال الدين محمد بن عبد الواحد الشهير بالكمال بن الهمام وعليه شرح التقرير والتحبير أو تيسير التحرير — التلويح لسعد الدين التفتازانى وهو شرح للتوضيح على التنقيح لصدر الشريعة ، الطبعة الأولى بالمطبعة الخيرية — تيسير التحرير فى أصول الفقه ، شرح لمحمد امين المعروف بامير بادشاه الحنفى الخراسانى على التحرير لابن الهمام ، مطبعة محمد على صبيح — جمع الجوامع لتاج الدين عبد الوهاب بن على السبكى المشهور بابن السبكى ، مطبعة دار الخلافة — شرح تنقيح الفصول فى الأصول لشهاب الدين احمد بن ادريس القرافى ، الطبعة الأولى بمطبعة النهضة بنواس — شرح التوضيح على التنقيح لصدر الشريعة عبد الله بن مسعود الحنفى ، الطبعة الأولى بالمطبعة الخيرية ، ومعه التلويح وحاشية الفنرى وغيرهما . فواتح الرحموت لعبد العلى محمد بن نظام الدين ، وهو شرح لمسلم الثبوت ، الطبعة الأولى بالمطبعة الأميرية ببولاق — القياس فى الشرع الإسلامى لتقى الدين أبى العباس احمد بن عبد الحليم المشهور بابن تيمية ، المطبعة السلفية — المستصفى من علم اصول الفقه لحجة الإسلام ابى حامد محمد بن محمد الغزالى، ومعه مسلم الثبوت ، الطبعة الأولى بالمطبعة الأميرية ببولاق مصر — كشف الأسرار على أصول البزدوى لعبد العزيز بن أحمد بن محمد .

— بعض المؤلفات الحديثة فى أصول الفقه والتشريع الإسلامى :

=

١ - تحديد الفقهاء لمدى وضوح النص :

إن النصوص تنقسم عند علمـاء الأصول إلى قسمين : نصوص واضحة فى دلالاتها على المراد منها ، ونصوص غير واضحة الدلالة •

والنص الواضح هو الذى لا يحتاج فى فهم ألفاظه إلى أى معرفة خارجة عن صيغته ، أو هو الذى يفهم معناه بمجرد فهم ألفاظه بصورة مباشرة • ويرى فقهاء الأصول وجوب العمل بالنص الواضح فى دلالته ، ولا يصح تأويل ما يحتمل التأويل منه إلا بالدليل •

وينقسم اللفظ الواضح الدلالة إلى أربعة أقسام هى : الظـاهر ، والنص ، والمفسر ، والمحكم ، وهذا التقسيم فى حد ذاته يدل على مدى الدقة التى وصل إليها علماء أصول الفقه الإسلامى •

فالظاهر هو لفظ واضح • يتبادر فهم معنى منه لم يكن هو المقصود أصالة من سياقه • ولهذا فهو يحتمل التأويل ، ومنه قوله تعالى : « وأحل

=

- محمد الخضرى ، أصول الفقه ، الطبعة الثالثة بمطبعة الاستقامة - على حسب الله ، أصول التشريع الإسلامى ، الطبعة الثالثة بمطبعـة دار المعارف - محمد مصطفى شلبى ، تعليل الأحكام - محمد نجيب المطيعى ، سلم الوصول لشرح نهاية السول ، المطبعة السلفية - محمد عبد الله ، سلم الوصول لعلم الأصول - عيسى منون ، نبراس العقول فى تحقيق القياس عند علما الأصول - على الخفيف ، محاضرات فى أسباب اختلاف الفقهاء - عبد الجليل عيسى ، اجتهاد الرسول ﷺ - على عبد الرزاق ، الإجماع فى الشريعة الإسلامية ، والإسلام وأصول الحكم - أحمد أبو سنة العرف والعادة فى رأى الفقهاء - محمد زكريا البرديسى ، أصول الفقه - عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه ، وأصول الفقه وتاريخ التشريع الإسلامى - د. زكريا البرى ، أصول الفقه - محمد أبو زهرة ، أصول الفقه - زكى الدين شعبان، أصول الفقه الإسلامى - د. مختار القاضى ، الرأى فى الفقه الإسلامى - د. محمد السعيد عبد ربه ، بحوث فى الأدلة المختلف فيها عند الأصوليين - د. حسن الشاذلى المدخل للفقهالإسلامى - د. السيد نشأتإبراهيم الدرينى، القياس فى الأصول بين المؤيدين والمبطلين - محمد أبو النور زهير ، أصول الفقه .

الله البيع وحرم الربا »[1] فهذا النص ظاهر فى حل كل بيع ، لأن هذا هو المعنى المتبادر فهمه منه • والآية سيقت فى الأصل لبيان حكم الربا وتأكيد حرمته ونفى المماثلة بينه وبين البيع •

والنص هو لفظ واضح يدل على ما سيق له فى الأصل • فقوله تعالى : « وأحل الله البيع وحرم الربا » نص فى المماثلة بين البيع والربا •

والمفسر هو لفظ واضح يدل على معناه بتفصيل لا يبقى معه احتمال التأويل فقوله تعالى : « فاجلدوهم ثمانين جلدة »[2] نص مفسر فى عدد الجلدات التى هى حد القذف بلا زيادة أو نقصان •

والمحكم هو لفظ واضح دل على معناه بما لا يقبل تأويلا ولا نسخا فقوله تعالى فى قاذف المحصنات : « ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا »[3] نص محكم لا يقبل التأويل ولا النسخ •

ويقرر فقهاء الأصول أنه إذا تعارضت النصوص فيما بينها قدم الأقوى فالذى يليه ، فإذا تعارض ظاهر ونص يرجح النص لأنه أوضح دلالة على المطلوب من الظاهر ، وإذا تعارض نص ومفسر ، يرجع المفسر لأنه أوضح دلالة من النص • ويقدم المحكم على كل من الظاهر والنص والمفسر لأنه أكثرها وضوحا ولا يقبل نسخا ولا تأويلا •

أما النص غير الواضح فهو ما لا يدل على المراد منه بنفس صيغته ، وإنما يتوقف فهم المراد منه على معرفة أمر آخر خارج صيغته وينقسم إلى أربعة أقسام هى : الخفى ، والمشكل ، والمجمل ، والمتشابه •

---

(١) سورة البقرة من الآية ٢٧٥

(٢) سورة النور من الآية ٤

(٣) سورة النور من الآية ٤

أما الخفى فهو لفظ يشتبه فى مدى انطباقه على بعض الأفراد لسبب آخر غير صيغته ، فقول رسول الله ﷺ : « القاتل لا يرث »[1] فلفظ القاتل هنا لفظ خفى لأنه يشتبه فى مدى انطباقه على كل القتلة ، فهو ينطبق يقين على القاتل عمدا لأن من استعجل شيئا قبل أوانه عوقب بحرمانه ، ومن يستعجل موت قريبه فيقتله عمدا ليرثه يحرم من هذا الميراث حتى ولو كان القتل عمدا لسبب آخر غير الميراث كالتنافس على رئاسة العائلة أو العشيرة مثلا . ولكن فى انطباقه على القاتل خطأ يحتاج لإزالة اشتباهه الاستعانة بمدلولات اللفظ وعلة الحكم الوارد به وحكمته . ولهذا الاشتباه اختلف الفقهاء فى توريث القاتل خطأ فمنهم من ورثه ومنهم من منعه كالقاتل العمد تماما ، والمعمول به فى القانون المصرى أن القاتل عمدا لا يرث ، والقاتل خطأ يرث أخذا برأى الإمام مالك ومن تبعه .

والمشكل هو لفظ خفى معناه بسبب صيغته ومثاله لفظ العين فهى تطلق فى اللغة على العين المبصرة ، والعين الجارية ، والذهب والفضة ، والجاسوس... فأى هذه المعانى هو المراد ولفظ العين مشترك فيها جميعا ، وهذا الخفاء لا يزال إلا بقرينة خارجية ترجح معنى واحدا من هذه المعانى . ومن قبيل ذلك لفظ القرء فى قوله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء »[2] فلفظ القرء لفظ مشترك يعنى فى اللغة الحيض كما يعنى الطهر أيضا . وللوقوف على المراد من هذين المعنيين لابد من إزالة هذا الإشكال الذى أدى إلى خفاء المعنى المراد من اللفظ ، ويزال هذا الخفاء بقرينة خارجية ترجح معنى واحدا له على معان أخرى .

---

(١) أخرجه الترمذى برقم ٢١١٠ فى الفرائض ، ورواه ابن ماجه برقم ٢٦٤٥ فى الديات وابن الأثير برقم ٧٣٧٧ انظر جامع الأصول فى أحاديث الرسول لابن الأثير ط ١٩٧٢ جـ ٢ ص ٦٠١

(٢) سورة البقرة من الآية ٢٢٨

والقانون المصرى يأخذ بالرأى الفقهى القـائل بأن المراد بلفظ القرء فى الآية هو الحيض •

والمجمل فى اللغة هو المجموع ، وهو لفظ تزدحم فيه المعانى أو يشتبه المراد منه ، ولا يدرك معناه إلا بمبين من الشرع • فلفظ الصلاة فى القرآن لفظ مجمل تزدحم فيه المعانى اللغوية والاصطلاحية ، وقد بينته السنة بالصلوات المعروفة من أفعال الرسول وأقواله ﷺ•

والمتشابه هو عبارة عن لفظ لا تدل صيغته فى ذاتها على المراد منه ، ولا توجد قرينة أو مبين آخر يدل عليه ، لأن الشارع سبحانه وتعـالى قد استأثر بعلمـه ولم يفسره • من ذلك قوله تعـالى : « يد الله فوق أيديهم »[1] فيد الله هنا لفظ متشابه لا يعلم معناه الحقيقى إلا الله ولا سبيل إلى تفسيره بالتأويل أو بالتقدير أو بخلافهما لأن ذلك على خلاف الحقيقة التى لا يعلمها إلا الله •

٢ ـ كيفية تحديد الفقهاء لدلالات النص :

لكل لفظ ـ كما أسلفنا ـ دلالة منطوق ودلالة مفهوم ، فالأمر باجتناب الخمر يدل بمنطوقه على تحريم الخمر ويدل بمفهومه على تحريم كل مسكر ، لأن علة تحريم الخمر الإسكار ، فدلالة المنطوق هى دلالة اللفظ على حكم شىء مذكور فى الكلام ، ودلالة المفهوم هى دلالة اللفظ على حكم شىء غير مذكور فى الكلام بمنطوقه لكنه يفهم منه •

وقد ميّز علمـاء الأصول فى دلالة المنطـوق بين عبـارة النص ، وإشارته ، ودلالته ، واقتضائه • وكذلك ميزوا فى دلالة المفهوم بين مفهوم الموافقة ومفهوم المخالفة • كما فرقوا بين دلالة العام والخاص والمطلق والمقيد •

---

(١) سورة الفتح من الآية ١٠

فعبارة النص يفهم منها المعنى المتبادر من ألفاظه وهو الذى سيق له الكلام أصالة أو تبعا فقوله تعالى : « وأحل الله البيع وحرم الربا » يفهم من عبارة النص أن حقيقة البيع تخالف حقيقة الربا ، وأن البيع حلال والربا حرام .

وإشارة النص يفهم منها دلالة اللفظ على معنى غير متبادر منه ولكنه لازم للمعنى المقصود . فقوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف »[1] يدل بعبارته على أن نفقة المولود على والده ، ويدل بإشارته على أن المولود يلحق بأبيه أى ينسب إليه .

ودلالة النص يفهم منها دلالة اللفظ على تعدى حكم المنطوق به إلى مسكوت عنه لاشتراكهما فى علة يفهم كل عارف باللغة أنها مناط الحكم . فقوله تعالى : « فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما وقل لهما قولا كريما »[2] فهذا النص الكريم يدل بعبارته على تحريم التأفيف أو إظهار التضجر من الوالدين ، ويفهم منه من باب أولى بدلالة النص تحريم ضربهما ، لأن نفى الإيذاء المحدود وتحريمه ، يفيد بمفهوم الدلالة فى ذات الوقت نفى الإيذاء الشديد وتحريمه أيضا من باب أولى .

واقتضاء النص ويفهم منه دلالة الكلام على مسكوت عنه يتوقف صدق الكلام على تقديره ، أو لا يستقيم معناه إلا به . فقوله تعالى : « حرمت عليكم أمهاتكم »[3] يفهم منه تحريم التزوج بهن ، لأن الكلام لا يستقيم بغير تقدير هذا المعنى .

وآية المحرمات من النساء هذه فيها كل أنواع الدلالات الأربع

(١) سورة البقرة من الآية ٢٣٣
(٢) سورة الإسراء من الآية ٢٣
(٣) سورة النساء من الآية ٢٣

السابقة ، فحرمة الأمهات وغيرهن من المذكورات فيها ثابتة بالعبارة . وحرمة الخالة الرضاعية ثابتة بالإشارة ، لأنه سمى المرضع أما للرضيع وبنتها أختا له ، ويلزم من ذلك أن تكون أخت المرضع خالة له . والنص على حرمة العمات والخالات يدل على حرمة الجدات بالفحوى (أى بدلالة النص) ، لأن العلة قرب القرابة والجدات أقرب . والنص - كما بينا - يدل بالاقتضاء على مقدر هو التزوج ، أى حرم عليكم التزوج بهن . وبذلك تكون هذه الآية الكريمة قد جمعت دلالات المنطوق كلها . وهذه بعض بلاغة الذكر الحكيم [1] .

وفقهاء الأصول يقدمون ويرجحون ما يفهم من عبارة النص على ما يفهم من إشارته ، وما يفهم من العبارة أو الإشارة يرجح عندهم على ما يفهم من دلالة النص . ويرجح ذلك كله بأولويات الترتيب على ما يفهم من دلالة الاقتضاء إن كان ثمة تعارض بين هذه الدلالات .

أما مفهوم المخالفة فيقصد به دلالة اللفظ على مخالفة حكم المسكوت عنه لحكم المنطوق ، وذلك لانتفاء قيد من القيود المعتبرة فى هذا الحكم . فقوله تعالى : « حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به » [2] . يفهم منه أن ما يجوز ذبحه شرعا إذا لم يذكر اسم الله عليه عند ذبحه يعتبر حراما ، ويفيد بمفهوم المخالفة أن ما ذكر اسم الله عليه عند ذبحه يعتبر حلالا .

واللفظ العام هو اللفظ الذى يدل على كثيرين ويستغرق معناه جميع الأفراد أو الأشياء أو الوقائع التى يصدق عليها بغير حصر كلفظ البيع فى قوله تعالى : « وأحل الله البيع » فهو لفظ عام يشتمل على جميع

---

(١) راجع : د. السيد نشأت إبراهيم الدرينى فى القياس فى الأصول بين المؤيدين والمبطلين ص ٢٦ وما بعدها ، وعلى حسب الله فى أصول التشريع الإسلامى الطبعة الثالثة ص ٢٣٧

(٢) سورة المائدة من الآية ٣

أنواع البيوع بلا استثناء . ولفظ أمهاتكم فى قوله تعالى : « حرمت عليكم أمهاتكم » يشتمل على تحريم جميع وقائع الاقتران بالأمهات . وقوله تعالى : « كل من عليها فان » [1] فهو لفظ عام يشمل جميع الأفراد والأشياء بل والدنيا كلها . ومن المعروف فى الأصول أن اللفظ العام يخصص وفق قواعد معينة .

أما اللفظ الخاص فهو لفظ وضع للدلالة على فرد أو شيء أو واقعة معينة أو مخصوصة ، كأحمد مثلا أو قنطارا من القطن ، أو زواج فتـــاة معينة ... الخ . ويثبت الحكم لمدلول اللفظ الخاص بالقطع ما لم يقم الدليل على تأويله أو صرفه عن معناه إلى معنى آخر يراد منه .

واللفظ المطلق هو اللفظ الذى يدل على ماهيته فى ذاتها دون قيد كلفظ الدم فى قوله تعالى : « حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير » .

وأما اللفظ المقيد فهو اللفظ الذى يدل على ماهيته فى ذاتها المقيدة بقيد كوصف أو حال ، أو غاية ، أو شرط كلفظ الدم المسفوح فى قوله تعالى : « قل لا أجد فيما أوحى إلى محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير » [2] وفقهاء الأصول يحملون المطلق على المقيد إذا اتحدا فى الحكم والموضوع ، كما فى هذه الحالة ، إذ يفسر الدم فى الآية الأولى بأنه الدم المسفوح ، أما الكبد والطحال فهما من الدم غير المسفوح فلا يشملهما التحريم . وحالات حمل المطلق على المقيد لها العديد من الأحوال الأخرى يرجع إليها من أراد فى الكتب المتخصصة فى هذا الشأن ، فليس هنا مجال بحثها أو عرضها .

---

(١) سورة الرحمن آية ٢٦
(٢) سورة الأنعام من الآية ٤٥

٣ - الاجتهاد عند عدم وجود نص :

إن الشريعة الإسلامية تتيح للفقيه والقاضي والمفسر فرصة الاجتهاد عند عدم وجود نص • ولكن بشرط أن يكون كل واحد منهم على علم بشروط وأركان الاجتهاد ومستوفيا فى ذاته لشرائطه الشرعية • أما طرق القياس فهى كثيرة فمنها القياس ، والاستحسان ، والمصلحة المرسلة ، والاستصحاب ، وشرع من قبلنا •• الخ الأدلة المختلف فيها [١] •

والقياس هو تقدير الشيء على مثال شيء آخر وتسويته به ، ولذلك يسمى المكيال مقياسا ، وفى اصطلاح الأصوليين بأنه تعدية حكم من الأصل إلى الفرع بعلة متحدة لا تعرف بمجرد اللغة • أو هو إلحاق أمر غير منصـوص عليه بأمر ورد النص بحكمه لتسـاوى الأمرين فى علة الحـكم [٢] • فمثلا شرب الخمر قد نص على تحريمه لعلة الإسـكار فيلحق به كل شراب مسكر سواء أكان من جنسه أم من غير جنسـه لمساواته له فى علة الحكم وهى الإسكار ، وهذا الإلحاق يسمى قياسا •

والاستحسان فهو فى اللغة طلب الأحسن ، وفى الاصطلاح عرفه الكمال بن الهمام بأنه الانصراف عن القياس الظاهر المتبادر إلى القياس الخفى أو إلى النص أو الإجماع أو الضرورة [٣] • أو بعبارة أخرى هو دليل ينقدح فى ذهن المجتهد تعجز عنه عبارته وفق تعريف المـالكية له •

---

(١) راجع فى هذه الادلة : د• محمد السعيد عبد ربه فى بحوث فى الأدلة المختلف فيها عند الأصوليين ط ١٩٧٨

(٢) انظر : شرح التوضيح على التنقيح لصدر الشريعة جـ ٢ ص ٣٤٩ ، و د• السيد نشأت إبراهيم الدرينى فى القياس فى الأصول بين المؤيدين والمبطلين ط ١٩٨١ ص ٢٢ • و د• محمد مصطفى إمبابى فى الحركة الفقهية الإسلامية دراسة تحليلية تاريخية ط ١٩٨٤ ص ١٠٩

(٣) راجع : التقرير والتحبير لابن أمير الحاج جـ ٣ ص ٢٢٢

ومثاله ما روى عن عمر وعلى وعثمان فى شأنه المفقود إذا حضر ووجد زوجته قد تزوجت غيره يخيَّر بين امرأته أو صداقها [١] .

والمصلحة المرسلة عرفها الغزالى بأنها جلب المنفعة أو دفع المضرة . وعرفها أيضا بأنها المحافظة على مقصود الشارع [٢] . أو هى المصلحة التى لم يسن الشارع حكما لتحقيقها . كما أنه لا يوجد دليل شرعى باعتبارها أو بإلغائها . ومن ذلك تنظيم المرور وإشاراته فى عصرنا ، وفى عصر الخلفاء مثل إبقاء الأراضى التى فتحها المسلمون عنوة أو صلحا فى أيدى أهلها دون قسمتها بين المسلمين مع وضع الخراج عليها [٣] .

أما الاستصحاب ، وشرع من قبلنا ورأى الصحابى ... وغير ذلك من الأدلة المختلف فيها فإنه يستعان بها فى التوصيل إلى حكم الشارع فى

---

(١) فى هذا المثال إذا اختار المفقود الصداق بقيت زوجته لمن تزوجها فى غيبته وإلا عادت إليه إذا اختارها بعد أن تستبرىء من الثانى راجع فى هذا المعنى الاعتصام للشاطبى جـ ٢ ص ٣٣٣ وأستاذنا الدكتور محمد مصطفى إمبابى فى المرجع السابق ص ١١٢

(٢) شفاء الغليل فى بيان مسالك التعليل (مخطوط) مسجل برقم ١٥٤ أصول الفقه بدار الكتب المصرية ، وبرقم ١٠٧ بمكتبه ، ص ٢٧ و ٢٨ مشار إليه فى مؤلف الدكتور السيد نشأت الدرينى فى القياس فى الأصول بين المؤيدين والمبطلين ص ٥٩

(٣) راجع فى مناهج أصول الفقه الإسلامى فى تفسير الأحكام فى المؤلفات القانونية : د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون ط ١٩٧٠ فقرات ٩٨ و ٩٩ و ١٠٠ ص ١٤٢ — ص ١٤٨ ، و د. مختار القاضى فى أصول القانون ط ١٩٦٧ ص ١٤٩ وما بعدها وعلى الأخص ص ١٥٩ — ص ١٦٣ ، و د. عبد الفتاح عبد الباقى فى نظرية القانون ط ١٩٦٦ فقرات ٢١٢ و ٢١٣ و ٢١٤ ص ٣٤٢ — ص ٣٤٥ ، و د. أحمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن فى الوجيز فى المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧٠ فقرات ٤٤ و ٤٥ ص ١١٤ — ص ١١٨ ، ويراجع على الأخص أستاذنا الدكتور عبد الناصر العطار فى مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ط ١٩٧٩ فقرة ١١٠ ص ٢٣٩ — ص ٢٤٤

المسألة التى يبحثها المجتهد — إذا كان من أهله — إذا لم يرد فيها أى نص ، لأنه لا اجتهاد مع النص كما يقول الفقهاء •

ولا شك فى أن الفقه الإسلامى يزخر بمسالك ومناهج عديدة فى التفسير والتوجيه والتقعيد لا توجد فى غيره فى أى علم من علوم التشريع الوضعى فى العالم • ومن أراد مزيدا من الأضواء على منهج فقهاء الشريعة فى تفسير الأحكام فليرجع إلى ما أشرنا إليه فى الهوامش [١] ففيه — فى نظرنا — الكفاية مع بلوغ المرام •

المطلب الثانى

العـــرف La Coutume

١٠٠ — تعريف العرف وخطة تناوله :

العرف هو اطراد سلوك الأفراد فى مسألة معينة على نحو معين اطراد مصحوبا بالاعتقاد فى إلزام هذا السلوك • أو هو اطراد سلوك الأفراد فى مسألة معينة على وجه خاص مع اقتناعهم فى قوته الملزمة • أو بمعنى آخر هو ما استقر فى النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول •

وقد يقصد بالعرف أيضا مجموعة من القواعد القانونية الناشئة من هذا السلوك المطرد [٢] •

وقد جاء فى المادة الأولى من التقنين المدنى المصرى أن العرف مصدر رسمى من مصادر القانون الوضعى ، يرجع القاضى إليه إذا لم يجد حكما فى التشريع الوضعى فهو مصدر احتياطى يأتى عقب التشريع

---

(١) انظر هامش ١ فى ص ٢٣٧ و ٢٣٨

(٢) د. عبد المنعم البدراوى فقرة ١٤١ ص ٢٠٦ ، و د. مختار القاضى ص ١٩٥ ، و د. أحمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن ص ٦٤

مباشرة فى غير مسائل الأحوال الشخصية أو ما يتعلق بأحكام الأسرة لأن الأخيرة تحكمها أحكام الدين ، فالدين له الأولوية فى هذا الصدد على العرف ، فتأتى أحكام الدين بالنسبة للأحوال الشخصية بعد التشريع الوضعى مباشرة — للأسف —[1] ثم العرف يأتى بعده فى هذا الشأن .

ونعرض للكلام عن العرف كمصدر من مصادر القانون وفقا لخطة بحث نوجزها فى الفروع التالية :

الفرع الأول : الأركان اللازمة لقيام العرف .

الفرع الثانى : أساس إلزام العرف .

الفرع الثالث : دور العرف فى نطاق القانون المصرى .

---

(١) نعم نأسف لهذا الوضع الحالى لكل مسلم لأن شريعة الحق سبحانه وتعالى ينبغى أن تسبق كافة ما يسنه البشر من نظم لأن هذه النظم مهما سمت لا يمكنها أن تدنو من قداسة شرع الله جل وعلا وإحاطته وحكمته وصدق الله تعالى إذ يقول « ما فرطنا فى الكتاب من شىء » سورة الأنعام من الآية ٣٨ . ويقول الحكيم الخبير : « ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون » سورة المائدة من الآية ٤٤ . ويقول عز وجل « ومن لم يحكم بما انزل الله فأولئك هم الظالمون » فى نفس السورة السابقة من الآية ٤٥ ، وجاء ايضا فى هذه السورة قوله سبحانه وتعالى : « ومن لم يحكم بما أنزل فأولئك هم الفاسقون » من الآية ٤٧ . ويقول الحق جل فى علاه فى السورة ذاتها مخاطبا رسوله ﷺ « وأن احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع أهواءهم واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله إليك فإن تولوا فاعلم أنما يريد الله أن يصيبهم ببعض ذنوبهم وإن كثيرا من الناس لفاسقون » — الآية ٤٩ — ومن يرض بجعل الشريعة الإسلامية دون التشريع الوضعى بإرادته فإن له سوء العاقبة وسوء المنقلب ، ويكون من بين من يريدون حكم الجاهلية قال تعالى : « افحكم الجاهلية يبغون ومن أحسن من الله حكما لقوم يوقنون » الآية ٥٠ من سورة المائدة . هذا ونأمل ان نرى الشريعة الإسلامية لها السيادة على ارض بلد دينه الرسمى الإسلام وجماهير شعبه من المسلمين ، ودستوره يعلن ذلك ، لنكون وبحق خير أمة اخرجت للناس .

الفرع الأول

الأركان اللازمة لقيام العرف

قلنا إن العرف ينشأ عن اعتياد الأفراد على سلوك معين ، مع الاعتقاد بلزومه قانونا • فالعرف بذلك يتضمن خصائص القاعدة القانونية ، فهو عادة عامة تنظم سلوك الأفراد فى المجتمع على وجه ملزم ، ولهذا يقال إن للعرف ركنين : ركن مادى ، وركن معنوى ، فالركن المـادى يتمثل فى الاعتياد على ممارسة هذا السلوك أو اطراد العمل بسنة أو قاعدة معينة ، والركن المعنوى ويتمثل فى اعتقاد الناس إلزام هذه العادة أو السـلوك لهم مع ضرورة إتباعها •

١٠١ — أولا — الركن المـادى للعرف : L'élément materiel [1]

ونعنى بالركن المـادى للعرف أى الاعتياد على سلوك معين • ولكى تكتسب العادة صفة العرف يلزم أن يتوافر فيها أوصاف معينـة هى : العمومية والاطراد والقدم وعدم المخالفة للنظام العام والآداب •

---

(١) يراجع : د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون ط ١٩٦٩/١٩٧٠ فقرة ١٤٣ ص ٢٠٧ وما بعدها ، و د. حسن كيرة فى المدخل إلى القانون ط ١٩٧٤ فقرة ١٤٩ ص ٢٧٤ وما بعدها ، و د. عبد الفتاح عبد الباقى فى نظرية القانون ط ١٩٦٦ فقرة ١١٧ ص ١٨٥ وما بعدها ، و د. مختار القاضى فى أصول القانون ط ١٩٦٧ ص ١٩٥ وما بعدها ، و د. أحمد حشمت أبو ستيت فى ابحاث فى أصول القوانين ، العرف كمصدر من مصادر القانون ، مجلة القانون والاقتصاد س ٥ ، ص ٦٣٣ — ص ٦٤٦ ، و د. سليمان مرقس فى المدخل للعلوم القانونية ط ١٩٦١ فقرة ١٤١ ، و د. أحمد سلامة فى المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧٨ فقرة ٦٦ ، و د. نعمان جمعة فى دروس فى المدخل للعلوم القانونية ط ١٩٧٦ ص ١٧٢ وما بعـدها ، و د. أحمـد سـلامة و د. حمدى عبد الرحمن فى الوجيز فى المدخل لدراسـة القانون ط ١٩٧٠ فقرة ٣٠ ص ٦٤ وما بعدها ، و د. عبد الناصر العطار فى مدخل لدراسـة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ط ١٩٧٩ فقرة ١١٥ ص ٢٦٢ وما بعدها ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ فقـرة ١١٨ ص ١٩٣ وما بعدها .

١ — العمومية والإطراد : لكي تكتسب العادة صفة العرف يجب أن تكون عامة général بمعنى أن يكون خطابها موجها إلى مجموعة من الأشخاص غير المعينين بذواتهم تخاطبهم شأنها فى ذلك شأن القاعدة القانونية بوجه عام • ولا أهمية بعد ذلك لكون العرف شاملا لكل أقاليم الدولة أو محليا يقتصر على إقليم معين ، كما لا ينفى عمومية العرف كونه خاصا بفئة أو طائفة بذاتها أو بين أصحاب مهنة معينة كالتجار أو الزراع ، ويسمى العرف فى هذه الحالة الأخيرة بالعرف المهنى أو الطائفى • ويندر فى الغالب أن يكون العرف قوميا يشمل كل أجزاء الوطن الواحد •

ولكى تصبح العادة عرفا يجب أيضا أن تكون عامة مطردة constant ، أى استقر الأفراد على اتباعها بانتظام فى سلوكهم الاجتماعى بدون خروج عليها ، ويتكرر العمل بها تكرارا يتضمن معنى الثبوت والاستقرار على اتباع مضمونها •

٢ — القدم [١] : يجب لكى ينشأ العرف أن يطرد الناس على اتباع قاعدة السلوك زمنا طويلا حتى يتكون ركن الاعتياد فيها • ولا يوجد حد معين للمدة الكافية لتكوين القاعدة العرفية ، بل إن الأمر قد يختلف باختلاف ظروف الجماعة التى نبتت فيها القاعدة • وللقاضى الذى ينظر النزاع أن يقرر ما إذا كان اتباع القاعدة زمنا كافيا لاستقرارها كقاعدة قانونية • والمهم فى هذا الصدد أن يعتاد الناس على اتباعها مدة كافية للقول بأن هذه العادة أصبحت عرفا متبعا •

---

(١) ويرى بعض الفقهاء عدم اشتراط القدم لنشوء العرف الدستورى خاصة انظر فى ذلك د. عبد الحميد متولى فى المفصل فى القانون الدستورى ج ١ ط ١٩٥٢ ص ١٦٥

٣ ـ عدم مخالفة القاعدة للنظام العام أو الآداب العامة [١] : ويهدف هذا الشرط إلى منع استقرار العادات السيئة والضارة بالمجتمع • فالعرف المخالف للنظام العام أو الآداب هو عرف فاسد لا يجوز اتبـاع حكمه • وقد عبّر البعض عن هذا القيد (عدم مخالفة العرف للنظام العام أو الآداب) باشتراطهم أن يكون العرف سديدا أو معقولا • فقد عرفت بعض الجماعات القديمة وبعض المجتمعات المعاصرة صورا متعددة لعادات سيئة أخذت مجراها فى حياة الأفراد •• ومن قبيل العادات السيئة قديما وأد البنات فى الجاهلية ، وما كان يحدث فى مصر قبل دخول الإسلام فيها من إلقاء عروس بالنيل لجلب الفيضان• ومن العادات السيئة فى عصرنا عادة الأخذ بالثأر المنتشرة فى أغلب صعيد مصر ، وعدم المخالفة للنظام العام والآداب ، إنما يريد أن يبقى مثل تلك العادات السيئة ـ التى قد تسود فى مجتمع معين ـ خارج نطاق العرف الملزم قانونا •

١٠٢ ـ ثانيا ـ الركن المعنوى للعرف : L'élément prychologique :

يقصد بالركن المعنوى أو النفسى عقيدة الإلزام openio necessitatis, openio juris ، أى اعتقـاد الأفراد بأن القـاعدة العرفية أصبحت واجبة الاتباع باعتبارها قاعدة قانونية لها فى أنفسهم ما لسائر القواعد القانونية من احترام • ويقترن ميلاد هذا الاعتقاد بقبول الكافة ـ أو الأغلبية على الأقل ـ توجيه سلوكهم وفقا لمضمون القاعدة العرفية ومع وجود هذا الاعتقاد وسيادته توجد هذه القاعدة (القاعدة العرفية) وتكتسب صفة السيادة •

---

(١) النظام العام والآداب : هما جملة قواعد أساسية تواضعت عليها الجماعة •

والركن المعنوى فى العرف هو الذى يفرق بينه وبين العادات الاجتماعية الأخرى • التى تعتبر من قبيل المجاملات كعادة الزيارات أو إقامة الزينة فى الحفلات ، فهذه المجاملات ليست لها صفة قانونية • وإنما تستمد إلزامها من الاعتبارات الأدبية •

هذا وتعتبر القاعدة العرفية قاعدة قانونية يجب على الأشخاص طاعتها وعلى المحاكم تطبيقها ، ويفترض علم القاضى بالعرف ، لأن المفروض فى القاضى الذى يتولى الفصل بين الناس فيما يعرض عليه من نزاع أن يكون على علم بالقانون الذى سيطبقه على الوقائع ، ويعتبر العرف فى هذا الصدد قانونا ينبغى على القاضى أن يكون ملما به ليطبقه من تلقاء نفسه عندما يقتضى الأمر ذلك فى حالة عدم وجود نص تشريعى يحكم النزاع ، وبدون طلب من أحد الخصوم •

ومن الأفضل لمن يدعى من الخصوم وجود عرف معين أن يثبت مضمون هذا العرف حتى وإن كان هذا الإثبات غير واجب عليه ، لأن قيامه بإثبات العرف يؤدى إلى عدم وجود شك أو غموض فى استظهار مضمون أحكامه •

ويخضع القاضى فى استظهاره العرف وتفسيره وتطبيقه لرقابة محكمة النقض باعتبار أن العرف قانون • وهناك رأى يقول بأن استظهار قيام العرف مسألة وقائع لا يخضع القاضى فيها لرقابة محكمة النقض ، أما تفسيره وتطبيقه فمسألة قانون يخضع فيها لرقابة هذه المحكمة •

الفرع الثانى

اساس إلزام العرف

إذا توافر للعادة الركنين المـادى والمعنوى على الوجه السالف بيانه . نشأت القاعدة القانونية العرفية بمجرد توافر أركانها وبغير حاجة إلى إعلان رسمى بوجودها كالنشر أو الأحكام القضائية .

١٠٣ - مصدر القوة الملزمة للعرف :

عرفنا أن العرف ملزم وبالتالى يعتبر قانونا لأن المشرع المصرى يعتبره مصدرا احتياطيا يلى النص التشريعى مباشرة ، فحين لا يجد القاضى نصا تشريعيا يمكن تطبيقه على النزاع المعروض عليه ، يجب عليه أن يلجأ إلى القواعد العرفية ليستقى منها الحل المناسب للنزاع وذلك تطبيقا لنص المـادة الأولى من القانون المدنى فى فقرتها الثانية حيث جاء فيها ما يلى :

« ٢ - فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف ... » .

إذا عرفنا ذلك ، فما هو أساس القوة الملزمة للعرف أو من أين يستمد العرف قوته الملزمة ؟. للإجابة على هذا السؤال ينبغى علينا أن نستعرض آراء فقهاء القانون التى دارت حول مصدر القوة الملزمة للعرف ونلخصها فى النقاط التالية :

١ - ذهب بعض الفقهاء إلى أن إلزام القاعدة العرفية يرجع إلى إجماع رجال الفقه القانونى على وجود عادة محددة فى مسألة معينـة ، واتفاقهم على حل هذه المسألة على أساس هذه العادة ، وهذا الإجماع

الفقهى على الحل يكفى لإلزام الناس بهذه العادة واعتبارها عرفا لازم الاتباع .

وقد اعترض على هذا الرأى بأن آراء الفقهاء ليست سوى مجرد آراء لأشخاص لا يتمتعون بأى صفة رسمية فى إنشاء القانون. وبالتالى فإن إجماعهم على وجود عادة فى مسألة معينة ، واتفاقهم على حل هذه المسألة على أساس هذه العادة لا يؤدى فى حد ذاته إلى إلزام الناس باتباع هذه العادة ، وبالتالى لا ينشىء عرفا .

٢ — كما ذهب بعض الفقهاء إلى أن إلزام القاعدة العرفية يتأتى من اضطراد المحاكم على الأخذ بعادة معينة ، بحيث لا تعتبر العادة ملزمة لمجرد اعتقاد الناس فى وجودها ، وإنما يتحقق إلزامها عندما تتأيد بعدة أحكام قضائية ، لأن هذه الأحكام هى التى تدفع الناس إلى العمل بهذه العادة . وعلى هذا فإن القضاء هو الذى يحكم بنشأة القاعدة العرفية الملزمة .

غير أن هذا الرأى لم يكتب له الرواج نظرا للاعتراض عليه من نواح عدة :

فاشتراط صدور عدة أحكام قضائية يجرنا إلى تطلب تواتر القضاء على نحو معين أى لابد لنشأة العرف إذن من صياغته فى إطار سابقة قضائية مستقرة فى أحكام الجهاز القضائى كله ، ذلك أن صدور بضع أحكام قضائية على نحو معين لا يكفى فى حد ذاته لإلزام المحاكم الأخرى بالقضاء فى ذات الاتجاه . كما أن الوصول إلى مثل هذه النتيجة يتنافى تنافيا كاملا مع الفكرة المستقرة للعرف والتى من مقتضاها أن العرف ينشأ ويتطور ويكتمل فى خضم الحياة الاجتماعية وفق الشروط السالف بيانها .

هذا فضلا عن أننا يمكننا أن نتصور نشأة القاعدة العرفية رغم اعتراض القضاء أو عدم اعترافه بها . فقد تنشأ هذه القاعدة العرفية داخل مهنة أو حرفة معينة دون أن يحتاج استقرارها واستمرارها لأى اعتراف قضائى .

وفضلا عما سبق فإن القضاء كما هو معروف سلطة لتطبيق القانون ، لا لوضعه والعرف قانون فلا يمكن للمحاكم أن تسنه ؛ وجريان المحاكم على العمل بعرف معين لا يتم إلا إذا رأت المحاكم أن عادة معينة قد أصبحت ملزمة فى نظر الناس .

بيد أن هذه الملاحظات أو المآخذ الواردة على الفقه والقضاء لا تعنى التقليل من أهميتهما فى اكتمال القاعدة العرفية . فحين يؤكد الفقه القانونى فى شروحه والقضاء فى أحكامه وجود هذه القاعدة ، فإن هذا يعجّل بإثبات استقرارها ويسجل قوتها الملزمة على وجه أكثر فعالية من الناحيتين الفقهية والعملية ، وهذا بدوره يؤكد بالتالى وجوب احترامها بين الأشخاص .

٣ — وقد ذهب رأى آخر إلى أن العرف يستمد قوته الملزمة من واضع التشريع فطالما المشرع الوضعى لم يصدر تشريعا يخالف هذا العرف فهو يقره ضمنا [1] .

واعترض على هذا الرأى بأن العرف من الناحية التاريخية قد سبق التشريع فى الظهور فكيف يستند السابق على اللاحق ويستمد قوته الملزمة منه ، إن هذا لا يتأتى بناء على المنطق السديد .

---

(1) — Lambert, Etudes de droit commun I, 1, p. 862
وراجع : د. عبد الفتاح عبد الباقى ص ١٨٨

٤ — وقد اتجه رأى آخر إلى القول بأن إلزام العرف يرجع إلى ضرورته لتنظيم العلاقات الاجتماعية ، فهو يستمد قوته وإلزامه من هذه الضرورة الاجتماعية التى تتطلب وجوده •

وقد رد على هـذا الرأى بأن هذه الضرورة هى ذاتهـا علة الإلزام وليست مصدر الإلزام ، فالعرف ملزم لأنه ضرورى لتنظيم المجتمع ، والتشريع الوضعى ملزم أيضا لأنه ضرورى لتنظيم المجتمع • فهذه الضرورة علة إلزام أى قاعدة قانونية والمطلوب معرفة مصدر إلزام العرف لا علة إلزامه •

٥ — وذهب رأى أخير إلى أن أساس القوة الملزمة للعرف هو رضـا الناس بها • والرضا فى هذه الحالة هو مصدر الإلزام فى القاعدة العرفية •

وقد قيل اعتراضا على هذا الرأى أن الناس هم الذين يؤخذون بحكم العرف عند مخالفته ، فكيف يكون رضاهم به هو أسـاس إلزامهم به أو مصدر هذا الإلزام •

ورد على هذا الاعتراض بأنه ليس هنـاك ما يمنع أن يلزم الناس بما اتفقوا عليه وارتضوه من أحكام ، تماما كما يلزم أعضاء السلطة التشريعية بما يضعونه من تشريع • بل إن الإلزام فى العرف أولى من التشريع الوضعى فى هذا الصدد نظرا لأن القاعدة العرفية تنشأ وتتطور وتكتمل فى خضم الحياة الاجتماعية فهى أقرب لتنظيم المجتمع فيما وردت فيه من غيرها •

ويبين لنا من العرض السالف أن العرف لا يستمد إلزامه من مصدر

واحد • فهو كما يبدو يستمد قوته وإلزامه من رضا الناس ، والإرادة الضمنية لواضع التشريع فهما معا أساس الإلزام فى القاعدة العرفية[١] •

١٠٤ ـ العرف والعادة الاتفاقية Usage Conventionel :

إن العادة التى لم تستقر فى ضمير الجماعة بحيث تعتبرها من قواعد السلوك الملزمة لا تعتبر عرفا ، وإنما تكون مجرد عادة أو ما يسمى بالعرف الناقص أو العادة الاتفاقية • ومن أمثلة العادة الاتفاقية ما جرى عليه الناس فى كثير من المدن من تحمل المؤجر ثمن المياه والمستأجر ثمن الكهرباء ، وفى البعض الآخر من أن ثمنها على المستأجر ، وكذلك ما جرت عليه العادة من أنه إذا قامت شركة بين شخصين وقدم أحدهما رأس المال وقدم الثانى العمل فإن الربح يوزع بينهما على أساس الثلثين للأول والثلث للثانى ، وكذلك ما تجرى به العادة فى بيع بعض أنواع الفاكهة بسعر المائة حبة ، من احتساب المائة مائة وعشر أو مائة وعشرين بحسب المناطق والجهات •

ولا يلتزم الأفراد بحكم العادة الاتفاقية إلا إذا اتفقوا صراحة على ذلك • أو تبين من ظروف التعاقد أن إرادتهم قد اتجهت ضمنا إلى الأخذ بها ولا يطبقها القاضى إلا إذا أثبتها من يدعى قيامها •

أما العرف فإنه يستمد قوته القانونية من تلقاء نفسه باعتباره مصدرا من مصادر القانون الوضعى ، فهو ملزم سواء علم به الخصوم أم لم يعلموا ، ويفترض علم القاضى به باعتباره قاعدة قانونية ويطبقه من تلقاء نفسه ، وإن كان له أن يطلب من الخصوم معاونته فى إثباته ، نظرا لأن إثباته فى بعض مراحل تطوره أو فى بعض أقاليم نشأته يعد من الأمور الصعبة فمن

---

(١) انظر د . عبد الناصر العطار فى المدخل لدراسة القانون فقرة ١١٦ ص ٢٦٦ ، د. أحمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن فى الوجيز فى المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧٠. فقرة ٣١ ص ٦٧

الملائم أن يبذل الخصوم جهدا لمعاونة القاضى فى الإثبات عند الاقتضاء . كما أن محكمة النقض تمارس رقابتها على تطبيق القاعدة العرفية بوصفها قاعدة قانونية[١] ، ولا تمارس هذه الرقابة على تطبيق العادة الاتفاقية ، وتلك من أهم أوجه الاختلاف بين العرف والعادة الاتفاقية .

١٠٥ — مقارنة بين العرف والتشريع الوضعى :

قلنا أن العرف ينشأ عن اعتيـاد الأشخاص على سلوك معين مع الاعتقاد بلزومه قانونا ، والتشريع ينشأ عن طريق سن قواعد ملزمة تنظم سلوك الأفراد فى المجتمع بواسـطة السلطة المختصة . فكلاهما قواعد قانونية ملزمة تنظم سلوك الأفراد فى المجتمع إلا أنهما يفترقان من حيث المصدر ، فمصدر العرف اعتياد الناس عليه ومصدر التشريع السـلطة المختصة التى قامت بسنه ، وهذا الفارق ينبنى عليه وجود مزايا للتشريع ومزايا للعرف .

---

(١) وقد خالفت المحكمة العليا هذا الاتجاه فى حكم لها ، انظر نقض ١٨ ابريل سنة ١٩٥٧ ، مجموعة احكام النقض المدنية س ٨ ص ٤٢٦ رقم ٤٤ . وقد جاء فى هذا الحكم أن : « تقدير قيام العرف من سلطة محكمة الموضوع ، دون رقابة لمحكمة النقض عليها » .

ونحن نرى — مع بعض فقهاء القانون — « أن مهمة محـكمة النقض لا تقتصر على مراقبة تطبيق قاضى الموضوع للعرف ، بل تتجاوز ذلك إلى مراقبة قضائه بالنسبة إلى قيام العرف أو عدم قيامه . لأن المحظور على هذه المحكمة هو النظر فى وقائع الدعوى ذاتها . أما الأمور التى تتعلق بوجود العرف ، فهى كالأمور التى تتعلق بوجود التشريع ونفاذه، فيدخل تقديرها فى صميم اختصاصها إذ أن مهمتها هى أن تبين ما إذا كان قاضى الموضوع قد طبق القانون تطبيقا صحيحا من عدمه . وهذا ما يستلزم ، بطبيعة الحال ، أن يكون له سـلطة التثبت من وجود القانون ونفاذه ، أيا ما كان مصدره ، اى سواء اكان ناتجا عن التشريع ، أم عن العرف ، أم عن غيرهما من مصادر القانون ، إذ كيف يتيسر لها أن تتبين ما إذا كان القانون قد طبق تطبيقا صحيحا من عدمه ، إذا لم تبحث أولا عما إذاكان هذا القانون موجودا أم لا » . انظر د. عبد الفتاح عبد الباقى فى نظرية القانون ط ١٩٦٦ ص ١٩٣ ، والمراجع التى اشار إليها فى هامش ٢ والتى تبين رأى المخالفين لذلك وكذا رأى المؤيدين .

أما مزايا التشريع الوضعى فيمكن تلخيصها فى النقاط التالية :

١ — التشريع الوضعى لا يحتاج فى سنه إلى وقت طويل ، فهو سهل فى وضعه وفى إجراءات صدوره ونشره ، بينما العرف فى تكوينه وظهوره يستغرق وقتا طويلا لأنه يتطلب استمرار وانتظام عادة سلوكية معينة فترة زمنية طويلة إلى الحد الذى يجعل الأفراد يعتقدون بمضى المدة أنها ملزمة لهم .

٢ — التشريع الوضعى يسهل إثباته ، لأنه أصبح الآن قاعدة مكتوبة تنشر فى جريدة رسمية مخصصة لذلك ، أما العرف فيصعب إثباته بركنيه المادى والمعنوى لأنه يتطلب استظهار مدى رسوخ العادة فى وجدان الناس وانتظام عملهم بها وهذا فى حد ذاته يستلزم جهدا ووقتا طويلا .

٣ — تضع التشريع هيئة فنية متخصصة لهذا تظهر الصنعة الفنية فى صياغة التشريع الوضعى ، بينما العرف ينشأ تلقائيا فى المجتمع ولذا يترك لجميع الأشخاص التعبير عن قواعد العرف بدون تفرقة .

٤— التشريع الوضعى يمكن لواضعه من خلاله أن يوجه سلوك الأشخاص فى الدولة كما يمكنه أن يوحد القانون فيها غالبا ، بينما لا يمكن تحقيق ذلك من خلال تطبيق قواعد العرف ، لأنه — كما قلنا — ينشأ تلقائيا من عادات الناس ، وقد يختلف من جهة إلى أخرى فى الدولة باختلاف العادات والتقاليد وتباينها من بيئة لأخرى .

وأما مزايا العرف فيمكن إيجازها فيما يلى :

١ — يعبر العرف فى الغالب — وبحق — عن إرادة الجماهير أصدق تعبير ، بينما التشريع الوضعى يعبر غالبا عن إرادة الهيئة الحاكمة ، وقد تتفق إرادة الهيئة الحاكمة مع إرادة الجماهير وقد تختلف عنها .

٢ — العرف يستجيب للظروف الاجتماعية المتغيرة لأنه عادات سلوكية تتطور فى الغالب تطورا تلقائيا بتطور سلوك الأفراد فى المجتمع . بينما التشريع الوضعى لا يعرف التطور إلا من خلال تدخل المشرع الوضعى الذى يقوم بتعديله أو بتغييره وفق ما يقتضى الأمر . أما بغير هذا التدخل فإن التشريع الوضعى قد يبقى جامدا أو متخلفا لا يستجيب للظروف الاجتماعية المتغيرة[1] .

الفرع الثالث

دور العرف فى نطاق القانون المصرى

١٠٦ — الدور الذى يقوم به العرف فى القانون المصرى :

يمكننا أن نجمل الدور الذى يقوم به العرف فى نطـاق قانوننا المصرى فى النقاط الآتية :

أولا : العرف يقوم بدور المكمل للتشريع الوضعى عند نقصه .

ثانيا : العرف قد يعاون التشريع الوضعى فى حالات يحيل فيها الأخير عليــه .

ثالثا : قد يقدم التشريع الوضعى العرف على حكم القواعد المكملة .

رابعا : وأخيرا فى حالات نادرة قد يسمح القانون للعرف بالخروج على بعض القواعد الآمرة .

وسنعرض بشىء من التفصيل لهذه النقاط الأربع تباعا .

---

(١) د. عبد الناصر العطار فقرة ١١٨

١٠٧ — اولا — العرف يكمل التشريع الوضعى **Praeter legume** :

وهذه هى الوظيفة العامة التى يقوم بها العرف . وإليها أشارت المادة الأولى من القانون المدنى المصرى فى فقرتها الثانية . فهو يكمل التشريع الوضعى وإليه يجب أن يرجع القاضى إذا لم يجد نصا تشريعيا يحكم النزاع المعروض أمامه فمثلا لا يوجد نص يلزم الزوجة بتأثيث منزل الزوجية . ولكن العرف فى أغلب المدن والقرى فى مصر جرى على أن تقوم الزوجة بتأثيث منزل الزوجية ، والعرف فى هذه الحالة مصدر رسمى احتياطى للقانون تقضى به المحاكم حيث لا يوجد نص تشريعى يحكم النزاع حول من يقوم بتأثيث منزل الزوجية . وإن كانت الشريعة الإسلامية تقول بعكس ذلك ، لأن الأصل هو أن يقوم الزوج بتأثيث بيت الزوجية . وقيام الزوجة بذلك يعد تطوعا .

والعرف يقوم بوظيفته التكميلية للتشريع عند الاقتضاء فى كل فروع القانون الخاص والعام فيما عدا القانون الجنائى لأن قاعدة « شرعية الجرائم والعقوبات » تقضى بعدم العقاب على فعل إلا بالاستناد إلى نص تشريعى يقرره . فالعرف لا يقرر الجرائم والعقوبات فهو فى هذا الصدد يعجز عن ذلك[1] . ولكنه فى ذات الوقت يستطيع أن ينشىء القواعد الآمرة (أو الناهية) والقواعد المكملة على السواء فى نطاق القانون .

---

(١) لقد خيل للبعض ان للعرف دورا فى إنشاء الجرائم . وقد دعاهم إلى ذلك حكم صدر من محكمة فى ٦ ابريل سنة ١٩٤٨ (مجلة التشريع والقضاء ، السنة الأولى . رقم ١٢٣ ص ١٦٦) جاء فيه انه (لا محل للقول بأنه لا توجد لوائح تقضى بأن يلتزم سائق السيارة السير على يمين الميدان ويدور حوله ، لأن العرف جرى بأن يلتزم سائقو السيارات الجانب الأيمن من الطرق دائما ، ومخالفة هذا العرف يتحقق بها مخالفة لائحة السيارات التى تنص على انه لا يجوز سوق السيارات بسرعة او بكيفية ينجم عنها ، بحسب ظروف الأحوال، خطر ما على حياة الجمهور او ممتلكاته » . والحقيقة ان العرف هنا ليس هو الذى يوجد الجريمة . وإنما الذى اوجدها هو لائحة المرور التى تقضى بالعقاب =

١٠٨ — ثانيا — العرف المعاون للتشريع الوضعى :

قد يجعل المشرع المصرى العرف معاونا للتشريع بأن يحيـل إليه للاستعانة به فى أعمال بعض المعايير التى يضعها ، أو للاستهداء به فى تفسير قصد المتعاقدين أو لبيان حدود فكرة معينة يفضل ترك تحديدها للعرف ، وبهذا يدعو التشريع الوضعى العرف إلى معـاونته صراحة فى هـذا الصدد .

ومن أمثلة العرف المعاون للتشريع الوضعى ما نصت عليه المـادة ٤٣٢ من القانون المدنى من أن « التسليم يشمل ملحقات الشىء المبيع ، وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشىء وذلك طبقا لمـا تقضى به طبيعة الأشياء ، وعرف الجهة ، وقصد المتعاقدين » . فملحقات الشىء إذن تتحدد بالعرف بالإضافة إلى طبيعة الأشياء ، وقصد المتعاقدين .

ومن ذلك أيضا نص المادة ٤٤٨ من التقنين المدنى من أنه « لا يضمن البائع عيبا جرى العرف على التسامح فيه » . فالمشرع الوضعى عندما أراد أن يحدد العيب الذى يضمنه البائع أحال فى هذا الشأن على العرف . فقرر أن العيب المؤثر الذى يسأل عنه البائع هو العيب الذى لا يجرى العرف على التسامح فيه ، لأن الأصل أن يضمن البائع عيوب المبيع ، بمعنى أنه يلزم بإصلاحها أو بتقديم مبيع آخر خال من العيوب أو تعويض المشترى عن هذه العيوب ، ولكن لمـا كان قد جرى عرف الناس على

=

على كل من يقود سيارته بكيفية ينجم عنها الخطر . وكل ما للعرف هنا من اثر هو أنه يعمل على تحديد الكيفية التى يعتبر السير بها خطرا على الجمهور . فكأن العرف هنا لم يفعل أكثر من أنه قام بتفسير المقصود — باللائحة اى بالتشريع الوضعى . وهذا المعنى هو نفس ما عنته المحكمة العليا فى حكمها سالف الذكر . انظر : د. عبد الفتاح عبد الباقى فى نظرية القانون ط ١٩٦٦ ص ١٩٠ هامش ١ ، و د. حسن كيرة فى المدخل إلى القانون ط ١٩٧٤ ص ٢٩٧ هامش ٢

التسامح فى بعض العيوب لبساطتها كبيع قنطار من القطن به كيلو من القطن غير نظيف أو لا يصلح ، أو بيع قفص من المشمش به بضع ثمرات فاسدة ، فمثل هذا لا يضمنه البـائع بمقتضى العرف الذى جرى على التسامح فيه •

١٠٩ ــ ثالثا ــ العرف المقدم على تطبيق القواعد التشريعية المكملة :

إن المشرع المصرى قد يجعل العرف مقدما على التشريع فيمنحـه الأولوية على بعض نصوص التشريع الوضعى ،من ذلك أنه قد نص فى القـانون فى كثير من الأحوال على أن القواعد المكملة التى جاء بهـا لا تطبق إذا وجد اتفاق أو عرف يقضى بما يخالفها • فالقواعد المكملة لا يرجع إليها إلا عند عدم اتفاق المتعاقدين على حكم يخالفها ، فإذا لم يوجد هذا الاتفاق فإن تطبيق العرف أولى عند المشرع الوضـعى من تطبيق القانون فى هذا الصدد •

مثال ذلك ما نصت عليه المـادة ٤٥٦ من التقنين المدنى فى فقرتها الأولى من أنه « يكون الثمن مستحق الوفاء فى المكان الذى يسلم فيـه المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » •

ومن ذلك أيضا نص المـادة ٤٦٢ من القانون المدنى التى تقضى بأن « نفقات عقد البيع ورسوم الدمغة والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشترى ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » •

وكذلك نص المـادة ٤٦٤ من التقنين المدنى التى تقرر أن « نفقات تسلم المبيع على المشترى ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضى بغير ذلك » •

ففى جميع هذه النصوص وأمثالها ، أحال القانون على الاتفاق ، فإن لم يوجد فإلى العرف (أو العادات) ، فإن لم يوجد انطبقت القاعدة التى جاء بها النص ، فالعرف فى هذه النصوص جميعا مقدم على النص

التشريعى فى التطبيق بتقديم المشرع الوضعى له على النص فى هذا الشأن .

١١٠ — رابعا — العرف المخالف لقاعدة آمرة :

أجاز المشرع الوضعى تعطيل حكم قاعدة آمرة عند وجود قاعدة عرفية تعارضه وذلك فى حالات استثنائية نادرة .

من ذلك أنه قد نص مثلا فى المادة ٢٣٢ من القانون المدنى على أنه (لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ، ولا يجوز فى أية حال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ، وذلك كله دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية) .

يؤخذ من هذا النص أن واضع التشريع قد خالف حكم جميع الأديان بإجازته الربا فى صورة فوائد ، ومع ذلك لا يجيز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد . فالفائدة فى هذا النص لا تكون إلا على رأس المال ، ولا يجوز كذلك بمقتضى هذا النص أن يزيد مجموع الفوائد على رأس المال . فإن بلغت الفوائد قيمة مساوية لرأس المال فلا تحتسب فوائد أخرى ، لكن المشرع الوضعى أجاز الخروج على هاتين القاعدتين (قاعدة منع الفوائد المركبة ، وقاعدة عدم جواز زيادة مجموع الفوائد على رأس المال) إذا جرى العرف التجارى على خلافهما ، فإذا كان هناك عرف تجارى يجيز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد أو يجيز أن يكون مجموع الفوائد أكثر من رأس المال فإن حكم العرف التجارى يسرى فى هذه الحالة ويتعطل حكم هذا النص التشريعى الآمر .

ويلاحظ أن جميع النصوص المتعلقة بالفوائد الربوية محرمة شرعا وأمرها معروض على المحكمة الدستورية العليا للحكم بعدم دستوريتها

لمخالفتها لأحكام الشريعة الإسلامية التى نص الدستور على أنها المصدر الرئيسى للتشريع الوضعى .

١١١ — تعارض العرف مع التشريع الوضعى :

لا شك أن المشرع المصرى قد أنزل العرف منزلة تالية للتشريع الوضعى فإذا ما تعارضت قاعدة عرفية مع نص تشريعى فإن النص التشريعى هو الذى يطبق . فالقاعدة العرفية لا تلغى النص التشريعى لأن العرف هو المصدر الاحتياطى للقانون فلا يعمل به إلا إذا لم يوجد نص تشريعى (م ١/٢ مدنى) ، كما أن التشريع الوضعى لا يلغى إلا بتشريع آخر فى مرتبته أو بتشريع أعلى مرتبة منه (م ٢ مدنى) وعلى ذلك فالعرف اللاحق لا يلغى التشريع السابق إذا ما تعارض معه فى الحكم ، وقد صرحت بذلك المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى فقد جاء فيها (أن النص على عدم جواز نسخ التشريع إلا بمقتضى تشريع آخر يستتبع عدم جواز نسخ النص التشريعى بمقتضى عرف لاحق) .

وهذه القاعدة يجب أن تطبق على جميع فروع القانون الخاص والعام . ولكن بعض الشراح يستثنون القانون التجارى من هذه القاعدة ، ويقولون إن العرف يستطيع فى المسائل التجارية إلغاء القواعد التشريعية حتى ما جاء منها بقاعدة آمرة (أو ناهية) . فكأنهم يجعلون للعرف التجارى الصدارة على التشريع الوضعى . ومنهم من قال بعدم جواز مخالفة العرف التجارى للقواعد الآمرة فى القانون التجارى وبجواز مخالفته للقواعد الآمرة فى القانون المدنى .

وهذا الاستثناء الذى يدعيه بعض الشراح لا محل له حتى فى نطاق المسائل التجارية ، فلا يجوز للعرف أن يلغى قاعدة تشريعية حتى ولو فى نطاق القانون التجارى . لأن المادة الثانية من القانون المدنى أوردت

حكما عاما فى هذا الصدد ، لا ينطبق فقط على المسائل المدنية فحسب وإنما ينطبق أيضا على المسائل التجارية •

وقد جرى كثيرا من الشراح كذلك على التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة ، فقالوا إن العرف يستطيع إلغـاء القواعد القانونية المكملة ، ولا يستطيع إلغاء القواعد القانونية الآمرة الواردة فى التشريع الوضعى • ويستدلون على ذلك بالنصوص التى وردت فى القانون المدنى المصرى التى تجعل شرطا لتطبيق الحكم الوارد فيها عدم وجود اتفاق أو عرف مخالف ، وهى نصوص المواد (١/٤٥٦ و ١/٤٥٧ و ٤٦٢ و ٤٦٤ و ٦٥٦ من القانون المدنى) •

وهذا الرأى مردود لأننا إذا نظرنا إلى هذه النصوص السابقة من الناحية الفنية الدقيقة ، نرى أنها قد أعطت الأولوية للعرف على التشريع الوضعى إما بإرادة المشرع الوضعى نفسه أو إمضاء لإرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية فى العقد[1] •

وفى مثل هذه الحالات إذا وجدت قاعدة عرفية مخالفة لقـاعدة تشريعية مكملة طبقت القاعدة الأولى دون الثانية ، إما بالاستناد إلى إرادة المشرع الوضعى نفسه أو إعمالا لإرادة ذوى الشأن الصريحة أو الضمنية • وفى هذا الفرض الأخير لا تطبق القاعدة التشريعية لأنها ألغيت ، بل على أساس أن المتعاقدين اتفقا صراحة أو ضمنا على استبعاد حكمها •

وإذا كان العرف لا يلغى قاعدة تشريعية مكملة ــ لا فى حدود ما أسلفنا ــ فإنه من باب أولى لا يلغى قاعدة تشريعية آمرة لأن التشريع

(١) وقد بينا ذلك عند تعرضنا للكلام على دور العرف فى نطاق القانون المصرى . راجع فيما سلف فقرة ١٠٦

الوضعى لا يلغى إلا بتشريع أعلى منه مرتبة أو بتشريع لاحق فى مرتبته إعمالا لنص المـادة الثانية من التقنين المدنى .

المطلب الثالث

مبادىء الشريعـة الإسلاميـة

١١٢ — المقصود بالشريعة الإسلامية وخطة البحث :

يقصد بالشريعة الإسلامية مجموعة المبادىء والأحكام التى شرعها الله سبحانه وتعالى على لسان نبيه المصطفى ﷺ، وفرض على المسلمين الامتثال لأوامرها واجتناب نواهيها ، والتى طبقت على كافة المسلمين منذ الفتح الإسلامى إلى أن ضعفت شوكة المسلمين فى أواخر القرن المـاضى وغزتهم القوة غير المسلمة واستزلهم الغرب واستدرجهم لتطبيق أنظمته التى تتنافى معظمها مع أحكام ومبادىء تلكم الشريعة الغراء .

وإذا كانت الشريعة الإسلامية قد احتلت مركز الصدارة كمصدر رسمى للقانون منذ الفتح الإسلامى إلى أواخر القرن التاسع عشر الميلادى ، فإن ذلك يرجع إلى المبادىء الكريمة التى تشتمل عليها والأحكام السديدة التى تقررها ، ولقد كان سلطان هذه الشريعة الغراء يشمل كافة العلاقات سواء ما دخل منها فى إطار الأحوال الشخصية أو فى إطـار المعاملات المـالية ، ولم يكن يخرج عن هـذا السلطان سوى مسـائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين فقد تركت هذه المسائل لحكم القوانين المختصة بكل ملة فى إطـار نظمته وحددته أيضا شريعة الإسلام لتحقيق الإنصاف بين غير المسلمين فى هذا الصدد .

وسنتكلم بإيجاز عن مبادىء الشريعة الإسلامية كمصدر من مصادر القانون [١] وفقا للترتيب الآتى [٢] :

الفرع الأول : الدين كمصدر للقانون الوضعى المصرى .

الفرع الثانى : الشريعة الإسلامية كمصدر رئيسى للتشريع المصرى .

الفرع الثالث : الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطى للقانون المصرى .

الفرع الرابع : الشريعة الإسلامية على طريق التطبيق .

هذا ولا يتسع المجال - هنا - لعرض مبررات تطبيق هذه الشريعة وسبل ذلك وإن كنا سنشير إلى ذلك فى حدود ما التزمنا به من الإيجاز والتركيز ، ويكفى أن نرجع إلى تاريخ هذه الشريعة منذ ظهور الإسلام

---

(١) راجع : د. حسن كيرة - فقرة ١٦٥ وما بعدها . و د. عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٢٩، و د. مختار القاضى ص٢٠٤ وما بعدها، و د. عبد المنعم البدراوى فقرة ١٥٥ وما بعدها ، و د. عبد الناصر العطار فقرة ١١١ وما بعدها ، و د. أحمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن ص ٧٢ وما بعدها . و د. احمد سلامة فقرة ٨١ وما بعدها ، و د . عبد الودود يحيى فى دروس فى مبادىء القانون ط ١٩٧٨ ص ١٠٧ وما بعدها ، و د. محمود جمال الدين زكى فى دروس فى مبادىء القانون فقرة ٧٠ ص ١٢٦ وما بعدها ، و د. حمدى عبد الرحمن فقرة ١٢٩ وما بعدها .

(٢) لم يكن المشروع التمهيدى للقانون المدنى يتضمن ذكر مبادىء الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدرا رسميا للتشريع الوضعى ، وإنما كان يعتبرها مجرد مصدر استئناس ، بمعنى أن دورها مقصور على أن يستلهم القاضى أحكامها وهو بصدد تطبيق أحكام القانون ، شأنها فى هذا شأن الفقه والقضاء، ولكن فى لجنة مراجعة المشروع التمهيدى للقانون المدنى ، رؤى جعل مبادىء الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا للقانون المدنى يجىء بعد التشريع والعرف - للأسف - وقبل مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة ، وذلك لأهميتها وخصوبة ما تحويه من مبادىء وأحكام لا غنى عنها للبشر . (انظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى عن المادة ٢/١ منه جـ ١ ص١٨٩ وما بعدها).

حتى اليوم ، لنعرف الآثار الإيجابية المترتبة على تطبيقها فى البلاد التى ما زالت تطبقها ، والآثار السلبية التى تخلفت عن عدم تطبيقها فى البلاد التى وضعت العثرات فى سبيل تطبيقها ، وسنعرف أيضا أنه لا سبيل إلى تحقيق كل ما نصبو إليه من حياة كريمة إلا إذا عشنا فى إطار الشرعيــة الإسلامية ، نستمد منها جميع أحكامنا فى كافة المجـالات وبدون أى استثناء .

الفرع الأول

الدين كمصدر للقانون الوضعى المصرى

١١٣ ــ الدين كمصدر للقانون الوضعى :

المعنى الأصلى لكلمة الدين يفيد أن رسالة نزلت من عند الله سبحانه وتعالى على رسول أو نبى ليبلغها لقومه أو للناس كافة للعمل بها .

وقواعد الدين عادة تنظم علاقة الإنسان بربه ، وعلاقة الإنســان بنفسه ، ثم علاقة الإنسان بالآخرين ، ولا يتصل الدين بالقانون إلا عند تنظيمه لعلاقة الإنسان بغيره من الناس ، لأن القانون الوضعى لا شأن له بعلاقة الإنسان بربه ، كما أنه لا ينظم علاقة الإنسان بنفسه إلا نادرا ، أما علاقة الإنسان بالآخرين ، فهى العلاقة التى يتصدى القانون لتنظيم معظم أحوالها ، لكن الدين يتصدى لجميع العلاقات بما فيها كافة الروابط التى تنشأ بين الإنســان وغيره ، لذلك كان الدين مصــدر للقــانون الوضعى فيها .

والأديان تتفــاوت فى تنظيمها لعلاقات النــاس بعضهم ببعض ، فاليهودية فيها الكثير من القواعد الدينية والدنيوية التى تحكم العلاقات فيما بين الناس ، والنصرانية جاء بها المسيح عيسى بن مريم ــ عليه وعلى

نبينا أفضل الصلاة والسلام ــ وكان الإنجيل كتابها المقدس بالإضافة إلى تصديق ما فى التوراة كتاب اليهود المقدس واعتماد أحكامه إلا بعض الأحكام القليلة التى أحل فيها المسيح عليه السلام بأمر الله بعض ما حرمه على اليهود . والإنجيل لم يكن فيه سوى الموعظة الحسنة ولم يتضمن قواعد جديدة تحكم سلوك الناس فى المجتمع اكتفاء بما ورد فى التوراة بعد التعديلات الطفيفة التى أوردها على بعض أحكامها المتعلقة بالحل والحرمة .... ثم جاءت رسالة خاتم الأنبياء والمرسلين محمد بن عبد الله صلوات الله وسلامه عليه ونزل عليه خاتم الكتب وأعظمها القرآن الكريم ، لذلك جعل الله تعالى هذه الرسالة شاملة للرسالات السابقة ، جامعة لكل ما يرضاه لعباده ، مرنة تتجاوب مع كل ما يستجد من ظروف أو يطرأ من أحوال فكانت عقيدة وشريعة ، ودينا ودولة ، وحكما ومنهجا ، قواعدها المكنونة فى الكتاب والسنة مبادىء عامة مرنة أتاحت للمجتهدين صنوفا من الاستدلالات تستوعب حكم كل ما ينشأ فى المجتمع من وقائع وما يجد من ظواهر فكانت الشريعة الإسلامية بذلك صالحة لحكم علاقات الناس فى المجتمع فى كل زمان ومكان ، مصداقا لقول الحق جل وعلا : (ما فرطنا فى الكتاب من شىء)[1] ، ولقوله سبحانه وتعالى : (ألا يعلم من خلق وهو اللطيف الخبير)[2] .

١١٤ — أثر الدين فى القانون الوضعى المصرى :

يتفاوت أثر الدين فى القانون الوضعى من بلد إلى بلد ، ومن زمن إلى آخر فى البلد الواحد ، فقد كان للدين أثره الواضح فى قوانين بلاد الشرق عنه فى قوانين بلاد الغرب ، وكانت بلاد ما يسمى بالشرق الأوسط بالذات محكومة يوما بأحكام الشريعة اليهودية ثم بأحكام الشريعة الإسلامية ، وقد تضمنت كل من هاتين الشريعتين العديد من الأحكام

---

(١) سورة الانعام من الآية ٣٨
(٢) سورة الملك آية ١٤

الدنيوية التى تنظم سلوك الأشخاص فى المجتمع فى شتى مجالاته وعلى الأخص الشريعة الإسلامية التى ظلت تحكم بلاد العالم منذ ظهور الإسلام وحتى عهد الاستعمار الأجنبى ، رغم تبـاين الديار ، واختلاف ظروف الأمصار ، وطول الأزمان التى جرى تطبيقها فيهـا . ولولا ما فرضه الإسـتعمار الغربى من قوانين وما افتتن به بعض المسـلمين من بعض القوانين ، لظلت الشريعة الإسلامية سارية إلى يومنا هـذا وإن كانت ــ بفضل الله ــ لا تزال سـارية فى بعض البـلدان إلا أنا نرجو أن تعود لها مكانتها وتسرى فى جميع بلدان العالم العربى والإسلامى فى عهد قريب بإذن الله تعالى .

ويعنينا فى هذا الصدد أن نؤكد بأن الشريعة الإسلامية أصبحت القانون الرسمى لمصر منذ فتح الإسلام لها ، مع خضوع غير المسلمين لشرائعهم فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية فكانت الشريعة الإسلامية هى المصدر الرسمى للقانون فى تنظيم الروابط المـالية والعائلية .

ومنذ حكم محمد على بدأت تنفذ إلى مصر القوانين الأجنبية ، مع ازدياد العلاقات التجارية بين مصر والبلاد الأوربية . فاقتبس محمد على من قواعد القانون الفرنسى بعض أحكام القانون التجارى والقـانون الجنائى وذلك على حساب قواعد الشريعة الإسلامية .

وفى عهد إسماعيل وضعت التقنينات المختلطة ، ثم تلتهـا بعد ذلك التقنينات الأهلية ، فحلت هذه محل أحكام الشريعة الإسلامية . وبقى للشريعة الإسلامية سلطانها فى نطاق دائرة الأحوال الشخصية والوقف والحكر ، فكانت فى هذه الدائرة المصدر الرسمى للقانون . وتختص قضائيا بهذه المسائل المحاكم الشرعية .

أما غير المسلمين فقد ظلوا خاضعين فى أحوالهم الشخصية لقوانين

دياناتهم ومللهم ، ويخضعون فيها عند اتحاد الطائفة والملة لمجالسهم الملية ، لكن فى أول يناير سنة ١٩٥٦ م ألغى المشرع المصرى جهات قضاء الأحوال الشخصية وأحال الاختصاص فى هذه المسائل إلى المحاكم المدنية ، وذلك بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ م ٠

ولكن على الرغم من توحيد القضاء فما زال المصريون لا يخضعون لقواعد موحدة فى أحوالهم الشخصية ، فقد نصت المادة السادسة من قانون إلغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية على أنه « تصدر الأحكام فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف التى كانت أصلا من اختصاص المحاكم الشرعية طبقا لما هو مقرر فى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم المذكورة ٠ أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية منظمة وقت صدور هذا القانون فتصدر الأحكام فى نطاق النظام العام طبقا لشريعتهم » ٠

وقد أضافت المادة السابعة من القانون فى هذا الصدد أنه « لا يؤثر فى تطبيق الفقرة الثانية من المادة المتقدمة تغيير الطائفة أو الملة بما يخرج أحد الخصوم عن وحدة طائفية إلى أخرى أثناء سير الدعوى ، إلا إذا كان التغيير إلى الإسلام فتطبق الفقرة الأولى من المادة السادسة من هذا القانون » ٠

هذا وسيظهر لنا بصورة أوضح مدى تأثر التشريع المصرى بالشريعة الإسلامية عند تعرضنا فى المطلبين الآتيين للشريعة الإسلامية كمصدر رئيسى أو احتياطى للقانون المصرى ٠

الفرع الثانى

الشريعة الإسلامية كمصدر رئيسى للتشريع المصرى

١١٥ — الشريعة الإسلامية والدستور المصرى :

نصت المـادة الثانية من الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية الصـادر فى ١١ سبتمبر سنة ١٩٧١ م والمعمـول به حتى الآن على أن « مبادىء الشريعة الإسلامية مصدر رئيسى للتشريع »[١] .

وهذا النص يستفاد منه أن على السلطة المختصة — كمجلس الشعب وغيره — أن تستمد التشريع العـادى والفرعى من مبادىء الشريعـة الإسلامية ، وعلى ذلك تكون الشريعة الإسلامية مصدرا موضوعيا للتشريع المصرى بلا خلاف بين الفقهاء .

وهذا النص فى حد ذاته أيضا يدل على مدى تأثر التشريع المصرى بالشريعة الإسلامية وأن النظام المصرى يمضى على طريق التطبيق القريب لجميع أحكامها فى كافة مناحى الحياة[٢] .

١١٦ — موقف الفقهاء من العبارة الواردة فى الدستور المصرى قبل تعديلها :

لقد اتفق الفقهاء على تفسير العبارة الواردة فى المـادة الثانية من الدستور المصرى والتى تنص على أن « مبادىء الشريعة الإسلامية مصدر

(١) عدلت هذه المادة إلى أن « مبادىءالشريعةالإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع » بقرار مجلس الشعب بتعديل الدستور بجلسته المنعقدة فى ٣٠ أبريل سنة ١٩٨٠ م .

(٢) يراجع فى هذا الصدد بحث قيم فى مبررات تطبيق الشريعة الإسلامية، والعوامل المؤدية إلى تطبيقها ، ووسائل هـذا التطبيق لأسـتاذنا الدكتور عبد الناصر توفيق العطار فى مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ط ١٩٧٩ ص ٥ — ص ٦٠

رئيسى للتشريع » • على أساس أن الشريعة الإسلامية تعد مصدرا موضوعيا للتشريع المصرى ، إلا أنهم اختلفوا بعد ذلك فى تفسير عبارة « مصدر رئيسى » وما إذا كانت هذه العبارة تعنى أن الشريعة الإسلامية تعتبر المصدر الوحيد للتشريع المصرى ، وما إذا كانت تعنى كذلك أنها مصدر رسمى للقانون أسمى من التشريع • كما اختلفوا فى تفسير كلمة (للتشريع) وهل تقتصر على التشريع العادى والتشريع الفرعى أم تشمل كذلك التشريع الأساسى وهو الدستور •

ويظهر الخلاف عندما يكون هناك نص فى تشريع يخالف مبادىء الشريعة الإسلامية كما لو أجاز التشريع مثلا الفوائد الربوية • فهل هذا التشريع يعد دستوريا أم غير دستورى لمخالفته لمبادىء الشريعة الإسلامية ؟

هذا وسنوجز اتجاه الفقهاء فيما يلى :

(أ) ذهب رأى إلى أن اعتبار مبادىء الشريعة الإسلاميه مصدرا رئيسيا للتشريع هو مجرد توجيه للسلطة التشريعية لكى تستمد ما تضعه من تشريعات ونظم من مبادىء الشريعة الإسلامية ، وهذا لا يمنع السلطة التشريعية من أن تستمد التشريع من غير مبادىء الشريعة الإسلامية ، وقد استند هذا الرأى إلى الحجج الآتية :

١ — أن الدستور اعتبر مبادىء الشريعة الإسلامية مجرد مصدر رئيسى للتشريع ولم يعتبرها المصدر الرئيسى الوحيد للتشريع فى مصر •

٢ — أن المشرع الوضعى قد يحتاج إلى استحداث أحكام من مصادر أخرى فى أمور لم يستنبط الفقه الإسلامى حكما

لها ، أو يكون من المستحسن تطوير الأحكام الشرعية فى شأنها تمشيا مع ضرورات التطور الطبيعى على مر الزمن .

٣ — أن الحكم فى بعض الأمور المستحدثة كالتأمين والمصارف قد يتأخر استنباطه ، فإذا منع المشرع الوضعى من الأخذ من أى مصدر آخر غير مبادىء الشريعة الإسلامية فإنه سيقع فى حرج بالغ ، لأن الضرورات العملية تدفعه دفعا إلى سرعة وضع أحكام لتنظيم مثل هذه الأمور المستحدثة ، بينما الأخذ بمبادىء الشريعة الإسلامية يحمله على التمهل حتى يتم استنباط الحكم الشرعى ، وللخروج من هذا الحرج يضع المشرع الوضعى الحكم من أى مصدر حتى يتم استنباط الحكم الشرعى فيعد التشريع الوضعى عندئذ هو المصدر الرئيسى للقانون فى مثل هذه الحالة .

وهذه الحجج مردود عليها فى الاتجاه التالى ، فنكتفى بما سيرد فيه خشية الإطالة والتكرار .

(ب) وذهب رأى آخر — بحق — إلى أن اعتبار مبادىء الشريعة الإسلامية مصدرا رئيسيا للتشريع ، يعنى إلزام السلطة المختصة بأن تستمد التشريع الوضعى من الشريعة الإسلامية فحسب ، بحيث يعتبر النص المخالف لمبادىء هذه الشريعة نصا غير دستورى لا يجوز العمل به . وحجج هذا الرأى تتلخص فى النقاط الآتية :

١ — إذا أجيز أخذ التشريع الوضعى من أى مصدر آخر غير الشريعة الإسلامية فمعنى ذلك تعطيل العمل بنص الدستور الذى اعتبر مبادىء الشريعة مصدرا رئيسيا للتشريع الوضعى.

٢ — أن الرجوع إلى مصادر أخرى غير الشريعة الإسلامية كان يجوز لو اقتصر نص الدستور على اعتبار مبادىء الشريعة

الإسلامية مجرد مصدر للتشريع الوضعى لكن النص اعتبر الشريعة الإسلامية مصدرا (رئيسيا) للتشريع الوضعى ، وإذا كانت هذه العبارة تعنى أن هناك مصادر أخرى للتشريع المصرى ، فإن هذه المصادر لم يرد ذكرها فى الدستور وإنما ورد فى تشريعات أخرى أقل مرتبة كالقانون المدنى وطالما ورد النص فى الدستور على أن الشريعة هى مصدر رئيسى للتشريع الوضعى ، ولم ينص فيه على مصدر آخر سواها فى مرتبتها ، فإنه يستنتج من ذلك أنه لا فرق عندئذ بين النص على أن الشريعة مصدر رئيسى أو أنها المصدر الرئيسى[1] ، لأن معنى عبارة (مصدر رئيسى) أن الشريعة الإسلامية هى المصدر ذو المرتبة الأعلى ، وتعد المصادر الأخرى التى تنص عليها القوانين العادية الأقل مرتبة من الدستور كالقانون المدنى أو التجارى أو الجنائى مصادر ذات مرتبة أدنى لا يجوز لها أن تتعارض مع مبادىء الشريعة الإسلامية ذات المرتبة الأعلى ، وإلا عدت هذه القوانين غير دستورية ولا يعتد بها .

٣ ــ لا يصح القول بأن المشرع الوضعى يحتاج إلى استحداث أحكام من مصادر أخرى فى أمور لم يستنبط الفقه الإسلامى

---

(١) وقد تم التعديل بالفعل إلى ان « مبادىء الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع » بقرار مجلس الشعب بتعديل الدستور بجلسته المنعقدة فى ٣٠ ابريل سنة ١٩٨٠ م ومع ذلك الألف واللام لم تضف جديدا للمعنى فى نظرنا حيث أن الدستور لم ينص على مصدر رئيسى آخر غير الشريعة الإسلامية فالألف واللام وضعت فقط من باب سد الذرائع ليس إلا ، وعليه فينبغى تعديل الأحكام وفقا لهذا المبدأ الشرعى الدستورى لأنه إذا لم يتحقق ذلك عد هــذا النص الدستورى من باب ذر الرماد فى العيون وهذا ما لا ينبغى ابدا ولا يتصور . فنأمل أن تراجع كافة التشريعات الوضعية على ضوء هذا المصدر الرئيسى لتنقية تشريعاتنا الوضعية من كل ما يتعارض مع الشريعــة الإسلاميــة أو يخالفها .

حكما لها [1] ، لأن باب الاجتهاد فى الشريعة الإسلامية مفتوح وعن طريقه يمكن استنباط حكم الشرع فى كل ما يجد من أمور • ولا يصح أيضا القول بأن المشرع الوضعى قد يستحدث أحكاما من مصادر أخرى فى أمور يكون من المستحسن تطوير الأحكام الشرعية فى شأنها ، وذلك تمشيا مع ما يسمى بضرورات التطور ، هذا غير مقبول وفيه تجنى على الشريعة الإسلامية لأنها تتضمن أحكاما تساير كل زمان ومكان ؛ فالأحكام الشرعية فيها المبنية على المصالح المرسلة أو المرتبطة بالعرف تتغير بتغير المصالح والأعراف ، أما الأحكام الشرعية المبنية على نصوص القرآن أو السنة فهذه لا سبيل إلى تعديلها أو تغييرها ، ولا يسوغ أن نزعم أن من المستحسن تطويرها لأنها أحكام نزلت من لدن حكيم خبير ، يعلم ما يصلح لخلقه ، وما يحقق خيرهم لذا لا يستساغ مجرد التفكير فى ما يسمى بالتطوير لهذه الأحكام النصية •

٤ — وإذا كانت الضرورات العملية تحمل المشرع الوضعى على سرعة وضع أحكام لتنظيم الأمور المستحدثة دون انتظار استنباط المجتهدين للحكم الشرعى فيها فهذا ليس معناه إطلاق العنان لهذا المشرع ليأخذ من أى مصدر يحلو له ؛ فليس له على الإطلاق أن يحيد عن مبادىء الشريعة الإسلامية ؛ بل عليه أن يضع الأحكام التى يحتاجها على أساس هذه المبادىء ، كأن يقيس على ما هو معلوم من أحكام الشريعة الإسلامية ، أو على الأقل يستنبط هذه الأحكام على أساس المصالح المرسلة أى ما يحقق النفع ويدفع المفسدة عن الجماعة

---

(١) هذا رد على إحدى حجج المذهب السابق الاشارة إليه فى هذا المبحث ص ٢٧٥

بما لا يتعارض مع نص فى قرآن أو سنة ويتأسى فى ذلك بما كان يحدث فى عهد رسول الله ﷺ، فلا يضع المشرع الوضعى أحكام الأمور المستحدثة من أى مصدر وإنما يحاول أن يستنبط حكم هذه الأمور المستحدثة من الشريعة الإسلامية قدر المستطاع ، وإلا نظمها بما لا يتعارض مع ما هو معلوم من أحكام هذه الشريعة الغراء عن طريق استشارة كل من يستطيع استشارته من المسلمين ، إلى أن يستقر رأى المجتهدين على حكم الشرع فيها ، وبهذا يكون التشريع الوضعى خاضعا لمبدأ الشرعية ، بحيث يناقش رجال القانون والقضاة وذوو الشأن دستوريته على أساس ما إذا كان متفقا مع أحكام الشريعة الإسلامية أو مختلفا عنها حتى يستقر رأى المجتهدين على حكم الشرع فيه .

ومما سبق يمكننا أن نقرر فى وضوح بناء على هذا الرأى بأن كل حكم يصدر فى مصر متعارضا مع مبادىء الشريعة الإسلامية ، يجوز الطعن فيه بعدم دستوريته ويستوى فى هذا الشأن أن يكون التشريع المتعارض مع الشريعة قد نفذ قبل نفاذ الدستور أى قبل ١١ سبتمبر سنة ١٩٧١ م ، أو كان قائما وقت نفاذ الدستور ، كما يستوى أن يكون هذا التشريع أساسيا أو عاديا (أو استثنائيا) أو فرعيا .

(جـ) وذهب رأى أخير إلى القول بأن ما يخالف مبادىء الشريعة الإسلامية من التشريعات القائمة وقت صدور الدستور لا يعتبر غير دستورى ، وإنما يستمر نافذا ويبقى معمولا به ، وحجة هذا الرأى فى ذلك تستند إلى سببين هما :

١ — أن الدستور لم ينص صراحة على اعتبار هذه التشريعات

غير دستورية واستنتاج ذلك ضمنا من اعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا رئيسيا للتشريع لا يكفى لأنه يتضمن هزة عنيفة لكيان وبنيان النظام التشريعى فى الدولة .

٢ ــ أن القول بعدم دستورية هذه التشريعات الوضعية يتعارض مع روح التشريع الإسلامى التى تتطلب إتباع روح الاعتدال ، وسنة التدرج ، ومراعاة مبادىء المصلحة والضرورة ، ونفى الحرج .

وهذا الرأى مردود بالآتى :

اولا : أنه لا محل للتخويف أو التخوف من تطبيق الشريعة الإسلامية لأنها ليست نظاما ميتافيزيقيا لا يمكن تصوره أو يتعثر تطبيقه ، فقد كانت مطبقة بالفعل منذ الفتح الإسلامى وكان سلطانها يشمل كافة العلاقات سواء ما دخل منها فى إطار نظام الأسرة (الأحوال الشخصية) أو فى إطار المعاملات المالية وظلت مطبقة حتى بدأت مصر تأخذ فى أواخر القرن الماضى بالقوانين الفرنسية على حساب الشريعة الإسلامية ، فمن هذه الخلفية التطبيقية الطويلة يمكننا أن نلتمس السكينة والطمأنينة فى إطار الشرعية الإسلامية .

هذا فضلا عن أن النظام التشريعى المصرى لا يهتز هزة عنيفة إلا إذا كان هذا النظام يخالف أحكام الشريعة الإسلامية مخالفة تامة ، وحتى لو اهتز النظام فإن تطبيق الشريعة الإسلامية لن يقوض المجتمع بل على العكس سيقضى على المفاسد التى استقرت فيه ، فمثلا هل يهتز النظام المصرفى فى مصر إذا حرمنا الربا وأبقينا المصارف (البنوك) تحصل على الودائع وتباشر سائر نشاطها غير المبنى على الربا وتعطى المودعين أرباحهم من واقع نصيب الجنيه (أو الدولار) فى أرباح المصرف كله ، بحيث

يعتبر المودع شريكا فى مدة إيداعه لادائنا ، وهل يهتز نظام المجتمع إذا ما طبقنا الحدود على الزانى أو السارق أو قاطع الطريق ، أو أقمنا القصاص على القاتل ، أو أجزنا الدية والعفو من أولياء القتيل ..! إن هذا لأمر عجاب .

ثانيا : إن الشريعة الإسلامية وهى تدعو إلى الاعتدال وسنة التدرج ونفى الحرج ، لا تجيز فى بلد دخله الإسلام منذ أربعة عشر قرنا أن يطبق غير حكم الله عز وجل فيه ، خصوصا وأن الأمل يحدو الجميع فى ربوع الأرض من أقصاها إلى أقصاها فى تطبيق الشريعة الإسلامية ، ثم إن التشريعات الوضعية المخالفة للشريعة الإسلامية والتى كانت قائمة وقت صدور الدستور لن تلغى دفعة واحدة ، لأن التشريع لا يلغى إلا بتشريع مثله أو أعلى منه — وإن كنا نرى أن الإلغاء لن يضر لوجود البديل الشرعى — وكل ما سيحدث أنه سيطعن فى هذه التشريعات تشريع تلو تشريع بعدم الدستورية ، فإذا حكم بعدم دستوريتها تعيّن على القضاء الامتناع عن تطبيقها ، والطعن بعدم الدستورية يأخذ وقتا تتهيأ فيه الأذهان ويمكن التفكير فيه فى البديل — إذا لم يكن موجودا — ويتم تصحيح الأوضاع بالتدرج بشكل لا يتعارض مع روح التشريع الإسلامى .

وبالفرض أنه تم إلغاء جميع التشريعات المخالفة لمبادىء الشريعة الإسلامية دفعة واحدة ، فإنه فى هذا الفرض أيضا لن يحدث ما يخشى منه أو عليه ، لأن لجان تقنين الشريعة بمجلس الشعب والمجالس المتخصصة قد انتهت تقريبا من صياغة جميع التشريعات المستمدة من مبادىء الشريعة الإسلامية ولم يبق سوى تدخل السلطات بإضفاء القوة الملزمة على هذه التشريعات وإعمالها بدلا من إهمالها وجعلها شريعة تدبير ، لا شريعة تبرير لأخطاء كل حاكم يدعى أنه يحكم تحت ظلال الشريعة الوارفة ، فحجج التعويق مردودة ، ولا شىء الآن يرضى عنه الشعب وينشده بلهفة

سوى تطبيق الشريعة الإسلامية ، وإنها بمشيئة الله ستطبق ، ونأمل أن يكون ذلك فى وقت قريب بعد أن أصبحت المصدر الرئيسى للتشريع بنص الدستور .

ومما تجدر ملاحظته فى هذا الصدد أن النص على أن الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع ، يعنى أنها المصدر الرئيسى للتشريع العادى (أو الاستثنائى) واللائحى ، وكذلك التشريع الأساسى أى الدستور لأن هذا النص مطلق ، والمطلق يبقى على إطلاقه ما لم يرد ما يقيده أو يقصره على معنى من المعانى المحددة ، وعلى ذلك فإن لفظ التشريع هنا يشمل جميع أنواعه بلا تفرقة ليتحقق التناسق بين جميع التشريعات بأنواعها المختلفة وبين مبادىء الشريعة الإسلامية .

الفرع الثالث

الشريعة كمصدر احتياطى للقانون المصرى

١١٧ ــ الشريعة الإسلامية والقانون المدنى المصرى :

إن الشريعة الإسلامية ينبغى أن تسود جميع التشريعات الوضعية وتنسخ كافة ما يتعارض معها من هذه التشريعات بناء على ما أسلفناه فى الفرع السابق ، إلا أنه من الناحية الفعلية لا يلجأ القضاء إلى الشريعة الإسلامية ليستمد الأحكام التى تعوزه منها ليطبقها على النزاع المعروض أمامه إلا إذا لم يجد بغيته فى التشريع الوضعى أو العرف ، عندئذ فقط يلجأ إلى مبادىء الشريعة الإسلامية ، وذلك بناء على نص المادة الأولى من القانون المدنى فى فقرتها الثانية فقد جاء فيها أنه (إذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادىء الشريعة الإسلامية ...) فتعد الشريعة الإسلامية بناء

على هذا النص مصدرا احتياطيا للقاعدة القانونية يلى العرف فى الترتيب ــ للأسف ــ فحين لا يجد القاضى نصا فى التشريع عليه أن يبحث عن قاعدة عرفية ، فإذا تيقن من عدم وجود نص تشريعى أو قاعدة عرفية ، وجب عليه أن يبحث فى مبادىء الشريعة الإسلامية عن حكم يمكن تطبيقه على النزاع المعروض عليه . فالشريعة لا تقدم الحل إلا حين يعجز التشريع الوضعى والعرف عنه ، وهذا ولا شك من مساوىء التشريع البشرى الذى يسمح لشريعة المخلوق أن تتقدم على شريعة الخالق فى حكم عبــاده . أليس هذا بعجيب ؟.

١١٨ ــ ضوابط استخلاص مبادىء الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدرا احتياطيا للقانون :

يكون استخلاص مبادىء الشريعة الإسلامية بالرجوع إلى كتب الفقه الإسلامى المعتمدة مع مراعاة الضوابط الجوهرية الآتية :

اولا : عدم التقيد بمذهب معين من مذاهب الفقه الإسلامى . فكل المذاهب الفقهية يجوز الرجوع إليها والأخذ بها . ولا محل للوقوف عند أرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة ــ رضى الله عنه ــ بل ولا للتقيد بالمذاهب الأربعــة المعروفة فهنــاك مذاهب أخرى ، كمذهب الزيدية ، والإمامية ، والأباضية ، والظاهرية يمكن الانتفاع بها إلى حد بعيد ، وهذا الضابط وضع تمهيدا لمــا سيأتى بعده .

ثانيا : أن يراعى فى الأخذ بأحكام الفقه الإسلامى التنسيق ما بين هذه الأحكام والمبادىء العامة التى يقوم عليها التشريع المدنى فى جملته ، ولذلك وضع الضابط الجوهرى الأول تمهيدا لتطبيق الثانى .

ثالثا : لا يجوز الأخذ بحكم فى الفقه الإسلامى يتعارض مع مبدأ من المبادىء العامة فى التشريع المدنى ، حتى لا يفقد التقنين المدنى تجانسه وانسجامه .

وتلك للأسف دعوة لسيادة القانون على مبادىء الشريعة الإسلامية ، فلا يطبق القاضى من الفقه الإسلامى إلا ما يتسق فقط مع المبادىء العامة للتشريع المدنى • وهذا منتهى الجور والتجاوز الذى لا يليق بأى قاض أن يفصل فى محراب العدالة بمقتضاه ، بل يجب عليه كلما خول له أن يفصل فى نزاع أن يجعل نصب عينيه مبادىء الشريعة الإسلامية الغراء ، ولا تثريب عليه الآن خصوصا بعد أن نص الدستور المصرى على أن تكون هذه الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع •

الفرع الرابع

الشريعة الإسلامية على طريق التطبيق

١١٩ – مبررات تطبيق الشريعة الإسلامية[1] :

إن أهم مبرر لتطبيق الشريعة الإسلامية هى كونها من لدن حكيم خبير ، وكل ما جاء من قبل الخالق لا يملك المخلوق حياله إلا أن يقول

---

(١) يرجع إلى المصادر التالية : د• عبد الناصر العطار فى مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ط ١٩٧٩ فقرة ٤ وما بعدها ، و د• جمال الدين محمد محمود فى قضية العودة إلى الإسلام فى الدولة والمجتمع ط ١٩٧٦ ، و د• صوفى حسن ابو طالب فى تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية ط ١٩٧٥ ، و د• عبد الحميد متولى فى الشريعة الإسلامية كمصدر أساسى للدستور ط ١٩٧٥ ، وعبد الحليم الجندى فى كتابه توحيد الأمة العربية بتطوير شرائعها وفقا للميثاق – كتب قومية – ٢٨٢ سنة ١٩٦٤ ، وابو الأعلى المودودى فى نظرية الإسلام وهديه فى السياسة والقانون والدستور ، ترجمة محمد عاصم الحداد ط ١٩٦٩ ، و د• محمد سلام مدكور فى وجوب تطبيق الشريعة الإسلامية بمجلة قضايا الحكومة س ٢١ عدد ١ وعيسوى احمد عيسوى فى المدخل إلى الفقه الإسلامى ط ١٩٥٧ ، و د• محمد مصطفى إمبابى فى الحركة الفقهية الإسلامية دراسة تحليلية تاريخية ط ١٩٨٤ ، و د• على عبد الحليم محمود فى كتابه مع العقيدة والحركة والمنهج فى خير امة اخرجت للناس – الرياض – ط ١٩٧٨ ، والسيد سابق فى دعوة الإسلام ط ١٩٧٣ وعفيف عبد الفتاح طباره فى كتابه روح الدين الإسلامي الطبعة التاسعة عشرة سنة ١٩٧٩

سمعنا وأطعنا ، لأن العقل قاصر لا يدرك إلا ما شاء له الله أن يدركه ، فالعقل يهتم بالواقع ويتأثر فى أحكامه بما يحيط به ، لذلك تتغير القوانين وتتبدل النظم تجاوبا مع الظروف وأحيانا مع الأهواء ، لكن أصول الشريعة الإسلامية المستمدة من الكتاب والسنة المطهرة لا تتغير ولا تتبدل لأنها جاءت من لدن حكيم خبير ، يعلم ما يصلح خلقه وقد تفضل عليهم بهذه الشريعة الخالدة لتنظم حياتهم خصوصـا تلك التى تتصـل بعلاقتهم بالآخرين .

لذا نرى أنه رغم كثرة المبررات التى تدعو إلى تطبيق الشريعـة الإسلامية فى البلاد العربية والإسلامية ، إلا أن أبرزها على الاطلاق هو كونها من عند الله العزيز الحكيم ، ولعل أهم مبررات التطبيق للشريعة الإسلامية فضلا عن كونها من عند الله عز وجل ، أنها تدعو إلى إصلاح النفس والمجتمع ، وتوحيد الأمة الإسلامية والفوز برضـا الله سبحانه وتعالى . وبالإضافة إلى ذلك أنه لا يوجد أى مبرر معقول للامتناع عن تطبيقها عند المشككين أو الخائفين من تطبيقها ، لذا نرى أن تطبيقها أصبح الآن ضرورة لا مناص منها ، بعد أن عشنا مدة قرن من الزمان أو يزيد فى أتون القوانين المقتبسة من النظم الغربية ، والتى أثبتت فشلها الذريع فى حل المشاكل ، بل وساعدت على تعقيدها فى جميع المناطق التى ابتليت بتحكيمها وتحكمها . فيكفى ما كان من مرارة التجربة . ولنعد إلى شريعة الحق فالعود أحمد .

١٢٠ — العوامل التى تساعد على تطبيق الشريعة الإسلامية[1] :

إن هناك عوامل كثيرة تساعد وتؤدى إلى تطبيق الشريعة الإسلامية ولعل أهم هذه العوامل ، تقلص النفوذ الأجنبى فى العالم الإسلامى ،

(١) د. عبد الناصر العطار فى مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية فقرة ١٣ ص ٣٦٠ وما بعدها .

وانتشار الدعوة إلى تطبيق الشريعة الإسلامية ، والاهتمام بالدراسات الشرعية ، والتوعية الدينية وانتشار الثقافة الإسلامية بين الشباب .

هذا وسنعرض لهذه العوامل بالبيان فى إيجاز على النحو الآتى :

١ – تقلص النفوذ الأجنبى فى العالم الإسلامى وأثره على تطبيق الشريعة :

ليكن معلوما لدينا جميعا أن تضييق الخناق على النفوذ الأجنبى فى البلاد العربية والإسلامية يساعد على تطبيق الشريعة الإسلامية فى ربوعها ، ولتحقيق ذلك ينبغى تحرير البلاد الإسلامية من الاستعمار العسكرى والاقتصادى والثقافى . فإذا تحرر العالم الإسلامى من هذا الاستعمار بكافة صوره العسكرية والاقتصادية والثقافية فإنه سيتمكن من حمل هويته الحقيقية ويعود إلى الشرعية الإسلامية ولا ينسى فى غمرة الحياة قول الحق سبحانه وتعالى : « ولا تهنوا ولا تحزنوا وأنتم الأعلون إن كنتم مؤمنين »[١] ، لأن من ينسى الله عز وجل ينسيه نفسه ، فيجب على العالم العربى والإسلامى الذى تحرر من الاستعمار العسكرى أن يسارع إلى تحرير اقتصاد بلاده من الاستعمار الاقتصادى ، ويجاهد لتحرير قلاع فكره من سيطرة الثقافة الأجنبية لأن ذلك يساعد على تطبيق الشريعة الإسلامية بدون عوائق .

٢ – انتشار الدعوة إلى تطبيق الشريعة الإسلامية يؤدى إلى تطبيقها :

إنه على الرغم من الحروب النفسية التى تندلع فى كل مكان فى مواجهة الإسلام والمسلمين إلا أن صوت الشريعة الإسلامية ارتفع عند غير المسلمين ، كما يرتفع الآن تدريجيا فى البلاد الإسلامية ، فالمؤتمرات العديدة التى دعت إلى تطبيق الشريعة الإسلامية ابتداء من مؤتمر لاهاى

---

(١) سورة آل عمران آية ١٣٩

فى دورته الأولى سنة ١٩٣٢ وفى دورته الثانية سنة ١٩٣٧[1] ومرورا بأسابيع الفقه الإسلامى التى انعقدت فى باريس سنة ١٩٦١ وفى دمشق سنة ١٩٦٦ م وفى القاهرة سنة ١٩٦٧ ، ومؤتمرات الفقه الإسلامى بالرياض[2] ، انعكس أثر هذه المؤتمرات على دساتير بعض البلاد الإسلامية حيث نص فيها على أن الشريعة الإسلامية مصدر رئيسى

---

(١) وفى مؤتمر المحامين الدوليين المنعقد بمدينة لاهاى ايضا سنة ١٩٤٨ تقرر أن الشريعة الإسلامية تعتبر مصدرا من مصادر التشريع العام ، وانها صالحة لكل زمان ومكان ، ومستقلة عن غيرها من الشرائع الوضعية .

وقد عقدت شعبة الحقوق الشرقية فى المجمع الدولى للحقوق المقارنة مؤتمرا للبحث فى الفقه الإسلامى فى كلية الحقوق بجامعة باريس سنة ١٩٥٢ تحت اسم « اسبوع الفقه الإسلامى » وفى ختام المؤتمر وضع المؤتمرون التقرير التالى :

« إن المؤتمر بناء على الفائدة المتحققة من المباحث التى عرضت أثناء (أسبوع الفقه الإسلامى) يقررن : ١ — أن مبادىء الفقه الإسلامى لها قيمة تشريعية لا يمارى فيها • ٢ — ان اختلاف المذاهب الفقهية فى هذه المجموعة الحقوقية العظمى ينطوى على ثروة من المفاهيم والمعلومات ومن الأصول الحقوقية . هى مناط الإعجاب . وبها يتمكن الفقه الإسلامى ان يستجيب لجميع مطالب الحياة الحديثة والتوفيق بين حاجاتها . ويأمل المؤتمرون ان تؤلف لجنة لوضع معجم الفقه الإسلامى وفقا للأساليب الحديثة ، يسهل الرجوع إلى مؤلفات هذا الفقه » انظر فى ذلك : عيسوى احمد عيسوى فى المدخل إلى الفقه الإسلامى ص ٤ هامش ١ ، و مصطفى أحمد الزرقا فى المدخل الفقهى العام جـ ١ ص ١١٢

(٢) إن مؤتمر الفقه الإسلامى الثالث الذى عقد فى يناير سنة ١٩٨١ قد قرر إنشاء (مجمع الفقه الإسلامى) لدراسة مشكلات الحياة المعاصرة والاجتهاد فيها بهدف تقديم الحلول النابعة من التراث الإسلامى .

هذا وقد شاركت مصر فى أعمال مجمع الفقه الإسلامى التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامى والذى بدأ عمله فى مكة المكرمة يوم ١٩ نوفمبر سنة ١٩٨٤ . بعديد من البحوث المتخصصة فى بعض المجالات التى تحتاج إلى لمسات تشريعية إسلامية كالمصارف — البنوك الإسلامية — واسلوب المعاملات الأمثل فى نطاق العالم العربى والإسلامى .

لتشريعاتها الوضعية[1] ، وقد أدركت الشعوب الإسلامية الآن أن الشريعة الإسلامية هي الوحيد التي يمكن على أساسها توحيد تشريعاتها الوضعية ، والتي على مائدتها تجد شتى صنوف الحلول التي تلائم ظروف حياتها .

٣ ـ الاهتمام بالدراسات الشرعية يساعد على تطبيق الشريعة الإسلامية :

لا شك أن الاهتمام بالدراسات الشرعية وضمان مستقبل طلابها والباحثين فيها من العوامل التي تساعد على تطبيق الشريعة الإسلامية ، لأنها ستسهل البحث عن حكم الله عز وجل في كل ما جد من أمور . فإذا تضافرت جهود طلاب وفقهاء الشريعة والقانون في كليات الشريعة والجهات المختصة والمهتمة بأمر الشريعة الإسلامية وكذا كليات الحقوق لاشك في أن جميع الوقائع ستجد حلها في الأحكام المستقاة من الشريعة الإسلامية ، ولن نحتاج إلى أي مصادر أخرى بجوار هذا المعين العذب ، وهذا لن يتحقق إلا بالتعاون والترابط بين الباحثين والدارسين لفقه الشريعة والقانون ، وكذا الجهات المعنية بذلك في الأقطار العربية والإسلامية للتمكين للشريعة الإسلامية بغية تطبيقها في سهولة ويسر .

٤ ـ التوعية الدينية تساعد على تطبيق الشريعة الإسلامية :

إن التوعية الدينية تعني الدعوة إلى الله عز وجل على بصيرة ، بالحكمة والموعظة الحسنة ، والدعوة إلى الله تكون بالقدوة وطهارة النفس والبدن والسلوك والبعد عن طلب الدنيا أو العلو في الأرض والفساد فيها ، فيجب على الداعية أن يكون نبراسا للخير ، إذا رأى منكرا تدرج معه فإن كانت

---

(١) فنص دستور سوريا الصادر سنة ١٩٥٠ ثم دستورها سنة ١٩٧٣ على أن « الفقه الإسلامي هو المصدر الرئيسي للتشريع » ونص دستور الكويت الصادر سنة ١٩٦٢ على أن « الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع » ونص دستور جمهورية مصر العربية الصادر سنة ١٩٧١ في مادته الثانية على أن « مبادىء الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع » . انظر د. عبد الناصر العطار ص ٣٨ هامش ١

له يد عليه فليدفعه وإلا فبلسانه إن أمكنه وإلا فبقلبه ، لأن المؤمن لا يكون بحال جبانا ولا ذليلا ولا راغبا فى دنيا ولا فى حكم ، لأنه يعلم مقدار الأمانة التى حملها ولاة الأمور ، ولا يتجرأ على حملها إلا من يسر له الله أمرها ، أو من باع نفسه للشيطان ، والتوعية الدينية لها دورها الهام والخطير فى توجيه الشعوب الإسلامية إلى ما يحبه الله ورسوله ألا وهو تطبيق الشريعة الإسلامية فى أرجاء البلاد الإسلامية .

٥ — انتشار الثقافة الإسلامية بين الشباب يساعد على تطبيق الشريعة الإسلامية :

إن الشباب صلب الأمة وزخرها وأملها المنشود ، والشباب ولاشك إذا تسلح بالثقافة الإسلامية سيرفض كل انتماء لغير الإسلام مهما كانت مغرياته سواء أكان فى مجال السياسة أو الاقتصاد أو الاجتماع ... فالشاب المسلم المثقف ثقافة إسلامية لا يستطيع أى فكر غريب عن الإسلام أن يقتحم قلعة فكره ، أو يستقطبه تحت أى إغراء أو وعيد ، والفكر المسلم يؤدى إلى تطبيق الشريعة الإسلامية ، لأن الشاب المسلم لا يجد شبابه إلا فى شباب الإسلام ، فهو وحده القادر على أن يحفظ عليه نفسه قلبا وقالبا ، ويحصن فكره ضد الموجات التى قد تفد إلى بلاده مع إيقاع الحياة المتقلبة ، فى صورة تنكرية يزعمها البعض تقدما أو حضارة ، والشباب المسلم وحده هو الكفيل بوئد هذه التيارات ودفنها فى مهدها إذا ما تثقف بفكر الشريعة الغراء ، وتكلم بلسانها العربى المبين ، فإن هذه الثقافة ستؤدى لا محالة إلى تطبيق الشريعة الإسلامية .

١٢١ — وسائل تطبيق الشريعة الإسلامية :

تتعدد السبل والوسائل لتطبيق الشريعة الإسلامية لكن أهمها الآن العمل على نشر أحكام الشريعة الإسلامية ثم تقنين هذه الأحكام ليمكن الرجوع إليها فى سهولة ويسر لإمكان تطبيقها على كل ما يستجد من مسائل

تقتضى الفصل فيها • ولذا ينبغى أن نهتم بهاتين الوسيلتين لنساعد على تطبيق الشريعة الإسـلامية • وسنعرض لهما فى النقطتين التاليتين فى إيجـاز :

النقطة الأولى ــ نشر أحكام الشريعة الإسلامية كوسيلة لتطبيقها :

إن لنشر أحكام الشريعة الإسلامية كسبيل لتطبيقها عدة طرق منها إصـدار كتب لشرحها والتعريف بهـا ، ومنها إذاعتها فى أجهزة الإعلام المسموعة والمرئية ، وتخصيص أعداد أسبوعية من الصحف السـيارة والمجلات الدورية لنشر أحكام هذه الشريعة ، ومنها أيضا خطبة الجمعة فى المساجد وعلى الأخص إذا قام بهـا متخصص قدير ، وكذا حلقـات الدروس العلمية والدينية فى المساجد ••• علاوة على أن هناك وسائل أخرى هامة تؤدى أيضا إلى نشرها ، منها تيسير الاجتهاد فيها ، وتدريسها فى الجامعات والدراسات العليا مع التعمق فيها ، وتنظيم دورات دراسية لطوائف الشعب المختلفة ، وفتح باب المسابقات فى تحصيل أجزاء منها خصوصا أصلها الأصيل ، وأساسها المتين القرآن الكريم ، ومنح مكافآت وجوائز لكل من يجتهد فيها ويظهر حكم الله عز وجل فى بعض ما يتصل بأمور حياتنا ولا زلنا فى حيرة من أمره ، كتشريح جثث الموتى ليتعلم الطلاب فى كليات الطب البشرى ، وعمليات زرع الأعضاء فى المستشفيات ، وغير ذلك من المجالات الحيوية التى تفتقر إلى حكم الشريعة فيها رغم أهميته وضرورته ••• كل ذلك وغيره لن يتأت لنا إلا إذا عملنا على نشر أحكام هذه الشريعة بكل وسيلة مشروعة وممكنة •

النقطة الثانية ــ تقنين أحكام الشريعة الإسلامية :

أصبح القانون فى عصرنا هو الوسيلة التى تلجـأ إليها كل دولة لتنظيم أعمالها وأعمال كافة الهيئات والمؤسسات وسائر الأشخاص على إقليمها ، وهناك بعض الدول تستحى من إطلاق لفظ القانون على ما تصدره

من تنظيمات أو لوائح أو أحكام وهذا لا يجدى لأن العبرة ليست بالمسمى[1] وإنما بمضمون ما يشتمل عليه هذا المسمى ، فإذا كان القانون أو النظام معبرا عن حكم الشريعة الإسلامية أو لا يتعارض معها فلا بأس به وكان مقبولا ، وإذا كان القانون أو النظام يخالف حكم الشريعة الإسلامية فلا حاجة لنا به حتى ولو ظهر متنكرا فى صورة تنظيم أو نظام .

وتقنين أحكام الشريعة الإسلامية[2] هو الوسيلة الحديثة الآن لتطبيقها وتقنينها ، أى جعلها قانونا يحكم كافة العلاقات بين الناس فى الدولة ، وهذا يتطلب صياغتها فى صورة قواعد عامة مجردة تنظم سلوك الناس فى المجتمع ، ويلزم الأفراد باتباعها عند الاقتضاء كشأن أى قاعدة قانونية وضعية ، وهذا لن يتحقق إلا بإطراح المعوقات التى تعترى الفقهاء وتمنعهم من تقنين هذه الشريعة لأن دفع المفسدة مقدم على جلب المصلحة ، والمصلحة الآن فى تقنين هذه الشريعة تمهيدا لتطبيقها فى سهولة ويسر على الناس كافة ، أما السلبيات والعثرات فيمكن تجاوزها وإماطتها بعد

---

(١) يقول عبد الرحمن القاسم فى كتابه الإسلام وتقنين الأحكام ط ١٩٧٧ ص ١٨٤ : إن لفظ القانون يتخوف منه البعض فيستره كأنه عورة ، والبعض الآخر يتهرب منه . وفريق آخر ينكره . وهذا تجاهل منا للحقائق ، ومخادعة لأنفسنا ولواقعنا ، فما نصدره من أنظمة أو لوائح أو أوامر عامة ما هى فى الواقع سوى القانون بجوهره وذاته ، فالعبرة ليست بالمسمى وإنما بما يحمله هذا المسمى فى طياته أو مضمونه من أحكام ، إن وافقت الشريعة فبها ونعمت ، حتى وإن جاءت فى صورة تقنين للأحكام فلا شىء فى ذلك ، وإذا لم توافق أحكام الشريعة فهى مردوده حتى وإن جاءت فى صورة تنظيم أو لائحة . فالعبرة بالمضمون وليس بالشكل ، والمعانى هنا أهم من صورية المبانى . انظر فى هذا المعنى د. عبد الناصر العطار فى المرجع السابق ص ٤٤ هامش ١

(٢) راجع : د. عبد الناصر العطار فى كتابه أحكام العقود فى الشريعة الإسلامية والقانون المدنى جـ ١ ط ١٩٧٦ — عقد البيع — وعلى الأخص فقرة ١١ فى تقنين الشريعة الإسلامية ص ٣٤ وما بعدها ، ومحمد قدرى باشا — فى تقنينه للأحكام فى صورة مواد — فى كتابه مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان .

التطبيق الشامل لأحكام هذه الشريعة الغراء ، فبالتطبيق لأحكامها المقننة ستزول كافة المخاوف وستندثر جميع المعوقات ، فلنسارع إلى تقنين ما بقى من أحكام هذه الشريعة بغير تقنين حتى الآن ، لتضع لنا هــذه الشريعة الغراء الحلول الميسورة لمشاكلنا الكثيرة فى يسر وسهولة [١] .

المطلب الرابع

مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة

Principes du droit natural et règles de l'équité

١٢٢ ـ المقصود بمبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة [٢] :

لقد نصت الفقرة الثانية من المــادة الأولى من القانون المدنى على اعتبار مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة مصدرا احتياطيا يلجأ إليه القاضى عندما لا يجد بغيته فى النص التشريعى أو العرف أو فى مبادىء الشريعة الإسلامية لحل النزاع المعروض عليه .

والقــانون الطبيعى Droit naturel يشمل تلك المبــادىء التى يكشفها العقل ، والتى تعتبر مثالا هاديا للمشرع الوضعى حتى يقترب

(١) د. عبد الناصر العطار ص ٤١ وما بعدها .

(٢) راجع : د. عبد الفتاح عبد الباقى فى نظرية القانون ط ١٩٦٦ فقرة ١٣٠ وما بعدها ، و د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون ط ١٩٧٠ فقرة ١٥٨ وما بعدها ، و د. مختار القاضى فى أصول القانون ط ١٩٦٧ ص ٢١٠ وما بعدها ، و د. احمد سلامة وحمدى عبد الرحمن فى الوجيز فى المدخــل لدراسة القانون ط ١٩٧٠ ص ٧٣ و ٧٤ ، و د. عبد الناصر العطار فى مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ط ١٩٧٩ فقرة ١٢١ وما بعدها ، و د. جميل الشرقاوى فى دروس فى أصــول القــانون ط ١٩٧٢ فقرة ٥٣ وما بعدها ، و د. احمد سلامة فى المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧٨ فقرة ٨٢ وما بعدها ، و د. حمدى عبد الرحمن فى فكرة القانون ط ١٩٧٩ فقرة ١٣٢

من الكمال ، أو هو مجموعة من الأفكار العامة التى يستخلصها العقل من طبيعة العلاقات الإنسانية فى المجتمع ويصوغها فى صورة مبادىء أو قواعد يطلق عليها مبادىء القانون الطبيعى[1] .

والحق أنه لا يمكن إعطاء تعريف محدد لهذه المبادىء ، فالقانون الطبيعى لم يكن فى يوم من الأيام سوى مجموعة من الأفكار المبهمة التى لم يستقر لها مضمون معين ، وكل ما أمكن ذكره عن جوهرها يدور فى نطاق أنها المبادىء الأبدية والمثالية التى يتوصل إليها الإنسان بفكره وعقله وتأمله .

أما العدالة L'équité فيمكن تعريفها بأنها شعور كامن فى النفس يكشف عنه العقل السليم ، ويوحى به الضمير المستنير ، ويهدف إلى إعطاء كل ذى حق حقه . فالعدالة فى فكرتها تلتقى أيضا بمبادىء القانون الطبيعى من حيث المضمون المثالى ويشوبها كذلك نفس العيب الذى يؤخذ على مبادىء القانون الطبيعى وهو عدم التحديد وعدم الوضوح ، وبالتالى يمكن اعتبارها أقرب إلى الشعور منها إلى الأفكار المحددة الثابتة .

ويبدو مما سبق أن مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة لا تعطينا إلا مجموعة قليلة العدد من المبادىء الأساسية الأبدية العامة ، وأن قواعد العدالة ليست إلا شعورا كامنا فى النفس يوجب إيتاء كل ذى حق حقه وترجيح المصلحة الأولى بالرعاية إذا ما تعارضت المصالح . فهى لا تمدنا فى واقع الأمر بقواعد قانونية منضبطة بالمعنى الصحيح . ولكن المشرع الوضعى لم يشأ أن يترك القاضى بدون مصدر يرجع إليه إذا لم تسعفه المصادر السابقة ، فآثر أن يرده إلى هذا المصدر العام غير المحدد وهو

---

(١) انظر د. عبد المنعم البدراوى فقرة ١٥٨ ص ٢٢٦ ، و د. عبد الناصر العطار فقرة ١٢١ ص٢٧٣ و ٢٧٤ ، و د. احمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن ص ٧٣ ، و د. مختار القاضى ص ٢١٠ ، و د. حمدى عبد الرحمن ص ٢١٦

مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة ، لأن مهمة القاضى أن يفصل فيما يرفع إليه من قضايا ، ولا يستطيع أن يتخلى عن مهمته بحجة غياب القواعد القانونية أو غموضها ، وإلا اعتبر مرتكبا لجريمة تسمى بجريمة إنكار العدالة .

١٢٣ — فتح باب الاجتهاد أمام القاضى تحت ستار مبادىء القانون الطبيعى والعدالة :

إن الإحالة إلى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة لا يقصد بها فى الواقع إلا السماح للقاضى بأن يجتهد رأيه . وقد سبق أن أشرنا إلى أن المشرع المصرى قد نص على أن يحكم القاضى بالنصوص التشريعية. فإذا لم يجد عرفا لجأ إلى مبادىء الشريعة الإسلامية ، فإن لم يجد فيها حكما يصلح للفصل فى النزاع المعروض عليه . وجب عليه أن يفصل فى النزاع مستنبطا للقاعدة التى يراها أقرب إلى تحقيق العدالة ، أو كما يقول القانون السويسرى (عليه أن يضع القاعدة التى كان يضعها لو عهد إليه أمر التشريع) . ولكن واضعى مشروع القانون المدنى لم يروا التصريح بهذا وإن كانوا مقرين له ، تمشيا مع الفكرة الغالبة فى فقه الشرائع اللاتينية التى تجعل وظيفة القاضى تطبيق القانون لا إيجادة وسنّه ، فاصطلاح القانون الطبيعى والعدالة أريد به فى واقع الأمر ستر الدور الاجتهادى للقضاء عند قصور المصادر الرسمية[١] .

وإذا كان من المسلم به أن التشريع الوضعى قاصر عن حكم كل المنازعات التى تحدث فى المجتمع ، لأنه من وضع البشر وليس هناك عقل بشرى يمكنه أن يحيط علما بكل مظاهر سلوك الأشخاص فى المجتمع الحاضر والمستقبل ، وأن يفطن إلى أنجع الحلول وأفضلها لكى تحكم

(١) راجع ما جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى تعليقا على اعتبار مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة مصدرا رسميا للقانون فى مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى جـ ١ ص ١٨٣ — ص ١٨٨

هذا السلوك . وكذلك العرف قاصر لغموضه واختلاف الرأى فيه فإن مبادىء الشريعة الإسلامية تتعرض لكل مظاهر سلوك الأشخاص فى المجتمع بأفضل الأحكام التى تنظمه ، لأنها من عند الله العزيز الحكيم الذى يعلم سلوك مخلوقه ويشرع له ما يصلحه قال تعالى : « ومن أحسن من الله حكما لقوم يوقنون »[1] . ومع أن مبادىء الشريعة الإسلامية تشتمل على جميع الحلول لكل ما يستجد من منازعات إلا أن المشرع المصرى يفترض عدم توصل القاضى إلى الحكم من خلالها على النزاع المعروض عليه ، لذا خوّل له أن يجتهد وفقا لمبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة . ولو أنصفنا لقلنا ينبغى على القاضى أن يجتهد فى نطاق مبادىء الشريعة الإسلامية لأنها كفيلة بحكم شتى المنازعات فى المجتمع إذا ما أحسن الاجتهاد فيها ، غاية الأمر للاجتهاد شروطه المقررة فى الفقه الإسلامى وقد لا تتوافر هذه الشروط فى القاضى فيعول على رأى الفقهاء إذا ما صادف رأيا يتضمن حلا للنزاع المعروض عليه ، وإذا لم يجد ولم يكن من أهل الاجتهاد الشرعى ، فيتجه إلى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة يستخلص منها حكما يصلح للفصل فى النزاع المعروض عليه . والاجتهاد القانونى لا يتطلب شروطا كالتى يلزم توافرها فى المجتهد إذا رغب فى خوض عباب الفقه الإسلامى لاستخراج الحكم الشرعى للقضية التى تشغله ، بل إن الاجتهاد القانونى مباح لكل من تلقى علوم القانون فى الجامعة فى حدود القواعد العامة للبحث العلمى .

والقاضى عندما يجتهد فى القانون يجب عليه أن يرجع إلى ما يسمى بالمبادىء العامة للقانون ، أى للأصول الكلية التى يمكن أن يستخلص منها جملة من القواعد القانونية التفصيلية . لأن المبدأ العام يفترق عن القاعدة فى هذا الصدد ، فمثلا : القاعدة التى تقضى بسقوط حق التجار والصناع

---

(١) سورة المائدة من الآية ٥٠.

عن أشياء وردوها وحقوق أصحاب الفنادق بمضى سنة ، هى قاعدة وليست مبدأ وكذلك القاعدة التى تقضى بسقوط الحقوق الدورية المتجددة بمضى خمس سنوات ، هى قاعدة وليست مبدأ . ومن مجموعة هذه القواعد يمكننا أن نستنتج مبدأ عاما يقضى بأن جميع الحقوق الشخصية تسقط بالتقادم قانونا . وهكذا .

ويستطيع القاضى عند اجتهاده أن يأخذ بالمبادىء المشتركة فى قوانين الدول المتمدينة . فالقانون المقارن يستطيع أن يمد القاضى بقواعد تسعفه عندما لا يجد قاعدة فى المصادر الرسمية . وبهذا يستطيع القاضى أن يستبدل بهذا المصدر الغامض غير المحدد مصادر أخرى أكثر واقعية وأكثر انضباطا ، وعلى الأخص إذا ما استعان بتراث الفقه الإسلامى ، فإنه سيجد بغيته فى سهولة ويسر حينا وبشىء من الجهد والصبر حينا آخر . لكنه فى النهاية سيطبق حكما عادلا لأن أصوله من عند أحكم الحاكمين وفى هذا تسرية له عما يكون قد بذله من جهد فى استخلاص هذا الحكم .

١٢٤ — حدود تطبيق مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة :

يجب علينا أن نلاحظ أن القاضى مقيد فى اجتهاده لاستخلاص الحكم من مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة ، فلا يمكنه تحت ستار الأخذ بهذه القواعد أن يخرج على النصوص التشريعية والمبادىء الأساسية التى يقوم عليها القانون الوضعى المصرى ، مهما بدا له أن تلك النصوص أو هذه المبادىء متعارضة مع العدالة أو غير متفقة بصورة ظاهرة مع مبادىء القانون الطبيعى والعدالة وفق تقديره . لأنه إذا أبحنا للقاضى أن يعدل عن تطبيق حكم التشريع إذا رآه ظالما إلى مبادىء القانون الطبيعى والعدالة لكان معنى ذلك أننا أبحنا له الحكم بهواه وبرأيه الشخصى وهذا ما لم يرد بخلد المشرع الوضعى .

لذا يجب على القاضى عدم اللجوء إلى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة إلا عند عدم وجود تنظيم قانونى لمسألة من المسائل وردت فى النزاع المعروض عليه وهناك قيدان يتقيد بهما القاضى إذا رغب فى الرجوع إلى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة وهما :

اولا : أنه لا يجوز له — أى القاضى — أن يحكم وفقا لقواعد العدالة إذا كان وجه الحكم فى الدعوى بمقتضى القانون واضحا وصريحا ، فلا يجوز له بحجة مراعاة العدل والإنصاف أن يقضى بغير القواعد التشريعية أو العرفية أو الشريعة الإسلامية — كما أسلفنا — لأن هذه القواعد كلها واجبة التطبيق فليس له أن يستبدلها بغيرها ويقعد قواعد يسندها إلى القانون الطبيعى أو العدالة .

ثانيا : أنه لا يجوز للقاضى أن يلجأ إلى مبادىء القانون الطبيعى والعدالة إذا كان يمكن سد النقص باستعمال القياس . فعن طريق القياس يستطيع القاضى تعدية الحكم الوارد فى النصوص إلى حالات أخرى لم يرد بشأنها نص لاتحاد العلة أو الحكمة [١] .

١٢٥ — تطبيقات القضاء المصرى للقانون الطبيعى والعدالة :

إن القضاء المصرى استطاع استنادا إلى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة أن يحمى الملكية الأدبية والفنية للمؤلف (حق المؤلف) حتى قبل صدور القانون الخاص بحماية حق المؤلف فى سنة ١٩٥٤ م . فهو استنادا إلى مبادىء العدالة ألزم من يعتدى على هذه الحقوق بأن

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى فقرة ١٥٩ ص ٢٢٩

يعوض أصحابها عما يلحقهم من ضرر بسبب هذا الاعتداء أو عما فاتهم من كسب[١] •

واستطاع كذلك بالاستناد إلى هذه المبادىء أن يقرر مسئولية صاحب الحق إذا ما تعسف فى استعمال حقه وترتب على فعله ضرر بالغير • فالمالك ورب العمل والمتقاضى يسألون جميعا إذا هم استعملوا حقهم للإضرار بالغير • ورد القضاء المصرى نظرية التعسف فى استعمال الحق أولا إلى قواعد العدالة ، ثم عاد وردها إلى القواعد العامة فى المسئولية التقصيرية ، ومن التطبيقات أيضا نظرية تحمل التبعة ، ونظرية الظروف الطارئة[٢] •

---

(١) د. عبد الرزاق السنهورى و د. احمد حشمت ابو ستيت فى اصول القانون ط ١٩٥٠ فقرة ٩٦ ص ١١١ وما بعدها ، و د. عبد المنعم البدراوى فقرة ١٦١ ص ٢٢٩ ، و د. عبد الناصر العطار فقرة ١٢٢ ص ٢٧٥ وما بعدها ، و د. مختار القاضى ص ٢١١ وما بعدها ، و د. حمدى عبد الرحمن ص ٢٢٧

(٢) راجع الأحكام المشار إليها فى كتاب د. مختار القاضى ص ٢١١ هوامش ١ و ٢ وص ٢١٢ هوامش ١ و ٢ و ٣ ، وص ٢١٣ هامش ١ و ٢

الفصل الثالث

أنواع القواعد القانونية

١٢٦ — تمهيد فى التقسيمات المختلفة للقواعد القانونية [1] :

تجرى العلوم المختلفة على تقسيم موضوعاتها وتصنيف فروعها ، من باب التيسير على الدارس لها ولإمكان التخصص فى أحد فروعها ، ولم يشذ فقه القانون عن ذلك خصوصا أن التقسيم للقواعد القانونية ييسر تصنيفها ويمكن الدارس من الاهتداء إليها نظرا لكثرتها وتعددها .

ويمكننا أن نقسم قواعد القانون إلى عدة تقسيمات وفقا للأساس الذى ينبنى عليه هذا التقسيم على النحو الآتى :

١ — إذا نظرنا إلى موضوع وأشخاص العلاقات التى ينظمها القانون من حيث السلوك يمكن تقسيمه إلى قانون عام Droit public وقانون خاص Droit privé .

---

(١) يراجع : د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون ط ١٩٧٠ فقرة ٢٨ وما بعدها ، و د. حسن كيرة فى المدخل إلى القانون ط ١٩٧٤ فقرة ٢٤ وما بعدها ، و د. عبد الفتاح عبد الباقى فى نظرية القانون ط ١٩٦٦ فقرة ٣٦ وما بعدها ، و د. مختار القاضى فى أصول القانون ط ١٩٦٧ ص ٨٧ وما بعدها، و د. محمود جمال الدين زكى فى دروس فى مقدمة المدخل لدراسة العلوم القانونية ط ١٩٧٢ ص ٤٥ وما بعدها ، و د. عبد الودود يحيى فى دروس فى مبادىء القانون ط ١٩٧٨ ص ٢٢ وما بعدها ، و د. نعمان محمد خليل جمعة فى دروس فى المدخل للعلوم القانونية ط ١٩٧٨ ص ١١٠ وما بعدها ، و د. أحمد سلامة فى المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧٨ ص ٦٠ وما بعدها ، و د. عبد الناصر توفيق العطار فى مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ط ١٩٧٩ فقرة ٣٩ وما بعدها ، و د. أحمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن فى الوجيز فى المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧٠ ص ٧٥ وما بعدها .

٢ - وإذا نظرنا إلى العلاقات التى ينظمها القانون من جهة كونها علاقات داخليـة أم علاقات خارجية يمكن تقسيمه إلى قانون داخلى Droit interne كالقـانون المـدنى وقـانون خـارجى Droit externe كالقانون الدولى العام الذى يسرى خارج إقليم الدولة .

٣ - ثم إذا نظرنا إلى القانون من حيث طبيعة قواعده يمكن تقسيمه إلى قواعد موضـوعية règles de fond وهى التى تضـع تنظيمـا موضوعيا للعلاقات القانونية المبيّنة للحقوق والواجبات وكيفية نشوئها واستعمالها وانقضائها ، كقواعد القانون المدنى والقانون الدستورى ، وقواعد شكلية règles de forme وهى القواعد التى تبين الأوضاع والإجراءات التى يجب إتباعها للوصول إلى احترام القواعد الموضوعية وحماية الحقوق التى تنظمها ، ومثلها قواعد المرافعات المدنية والتجارية ، وقانون الإجراءات الجنائية .

٤ - وأخيرا إذا نظرنا إلى القانون من حيث قوة إلزامه وصلته بالنظام العـام يمكن تقسـيمه إلى قواعد آمـرة أو ناهيـة أو باتة règles impératives ou prohibitives وقواعد مفسرة أو مقررة أو مكملة règles interprétatives, déclaratives ou suppletives والقواعد الآمرة لا يجوز للأفراد الخروج عليها باتفاقاتهم الخاصة ، أما القواعد المكملة فيجوز للأفراد الخروج عليها باتفاقاتهم .

ومما تجدر ملاحظته أن هناك تقسيمات عديدة للقانون باعتبارات مختلفة إلا أن أهم تقسيمين له هما تقسيمه إلى قانون عام وقانون خاص ، وتقسيمه إلى قواعد آمرة وقواعد مكملة .

ونقتصر فى دراستنا لهذا الفصل على التقسيمين الأخيرين للقانون ونتكلم عنهما فى مبحثين :

المبحث الأول : القانون العام والقانون الخاص .

المبحث الثانى : القواعد الآمرة والقواعد المكملة .

المبحث الأول

القانون العـام والقانون الخـاص

١٢٧ — التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص :

تنظم القوانين نشاط الأفراد فى المجتمع سواء كان النشاط بين الأفراد فيما بينهم أو بين الأفراد وهيئات الدولة ، كما تنظم الدولة فى الداخل والخارج أى العلاقات بين هيئات الدولة بعضها البعض والعلاقات بين الدولة وغيرها من الدول .

وتقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص يرجع إلى القانون الرومانى فى الأصل وكان هدفه أن يجعل الحاكم متميزا على المحكومين فيعطيه سلطات وامتيازات خاصة[1] . وقد انتقل هذا التقسيم إلى الفقه اللاتينى ، ولا يأخذ به النظام الأنجلوسكسونى ولا النظام السوفيتى ، وما زال هذا التقسيم قائما إلى اليوم فى فقه القانون الوضعى .

ويطلق اصطلاح القانون العام le droit public على مجموعة القواعد التى تنظم كيان الدولة والعلاقات التى تكون الدولة طرفا فيها باعتبارها صاحبة سلطان . أو بعبارة أخرى هو مجموعة القواعد التى تنظم العلاقات الاجتماعية وتشمل تنظيم العلاقات التى تنشأ بين السلطات

---

(١) من المعلوم أن الشريعة الإسلامية لا تفرق بين الحاكم والمحكوم فهما فى نظرها سواء أمام أحكام الشريعة ، لذلك لا نجد نظيرا لهذا التقسيم فى الفقه الإسلامى .

المختلفة فى الدولة ، وتلك التى تنشأ بين الدولة وغيرها من الدول أو بينها وبين الأفراد باعتبارها صاحبة سلطان •

أما اصطلاح القانون الخاص le droit privé فيطلق على مجموعة القواعد التى تنظم علاقات الأفراد فيما بينهم • أو بعبارة أخرى مجموعة القواعد التى تنظم العلاقات الاجتماعية التى لا تكون الدولة أحد أطرافها بصفتها صاحبة سلطان سواء كانت هذه العلاقات فيما بين الأفراد بعضهم البعض أو كانت بينهم وبين الدولة باعتبارها شخصا اعتباريا عاديا لا باعتبارها صاحبة سلطان[١] •

١٢٨ — أوجه التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص :

من التعريف السابق للقانون العام والقانون الخاص يتضح لنا بالمقارنة بينهما أنهما يختلفان من عدة أوجه ، أولها من حيث أطراف العلاقات فيهما ، والثانى من حيث موضوعهما والغرض منهما ، والثالث من حيث طبيعة قواعد كل منهما وسنعرض لأوجه التفرقة هذه فيما يلى :

الوجه الأول : اختلافهما من حيث أطراف العلاقات فيهما : ففى القانون العام نجد دائما الدولة أو أحد فروعها طرفا فى العلاقة باعتبارها صاحبة السلطان ، سواء كانت هذه العلاقة داخلية أم خارجية ، بينها وبين هيئاتها الداخلية أو بينها وبين فرد من الأفراد •

أما فى القانون الخاص ، فإن الروابط التى ينظمها هذا القانون تنشأ بين أشخاص متساوين فى المركز القانونى ، أو بين الأشخاص وإحدى هيئات الدولة ، لا بوصفها ممثلة للجموع ، أى صاحبة السلطان ،

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٩ ص ٥٥ ، و د. عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٣٨ ص ٧٩ ، و د. أحمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن ص ٧٥

وإنما بوصفها شخصا عاديا كالأفراد تماما ، فلا يكون لهـا عليهم أى امتياز .

وهذا هو الفارق الأول بين القانون العام والقانون الخاص .

الوجه الثانى : اختلافهما من حيث الغرض . فالغاية من القانون العام هى رعاية الصالح العام للأمة بتنظيم الحكومة والمرافق العامة . أما الغاية من القانون الخاص فهى رعاية المصالح الخاصة للأشخاص .

واختلاف كل من النظامين فى الغاية هو الذى يفسر لنا اختلاف قواعدهما فى الطبيعـة اختلافا جوهريا كما سنرى فى الوجه الثـالث للاختلاف .

الوجه الثالث : اختلافهما من حيث طبيعة قواعد كل منهما : فنظرا لأن القانون العام يتعلق بالصالح العام للمجتمع ، فإن قواعده يجب أن تتصف بما يكفل تحقيق هذا الصالح . ولهذا جاءت قواعد القانون العام جميعا قواعد آمرة أو ناهية أو باتة لا يجوز الخروج عليها بواسطة أى اتفاق ، فجميع قواعده متصلة بما يسمى فى الاصطلاح القانونى بالنظام العام Ordre public أى بالمصالح الأساسية للمجتمع .

أما القانون الخاص فهو على العكس من القانون العام لأن معظم القواعد التى يتكون منها ، وعلى الخصوص القواعد المنظمة للعلاقات المـالية [1] ، هى قواعد مكملة لإرادة الأفراد . بمعنى أنه يمكن للأفراد استبعاد تطبيقها باتفاقهم .

هذا من ناحية . ومن ناحية أخرى فإن قواعد القانون العام تتميز

---

(١) أما القواعد المنظمة لقانون الأسرة (الأحوال الشخصية) أى لحالة الشخص وأهليته ونظام الأسرة فهى قواعد آمرة لا يجوز الخروج عليها .

بأنها تعطى للدولة وفروعها سلطانا فى مواجهة الأفراد ، يقابله خضوع من جانب هؤلاء • فإذا قامت بين الدولة والفرد علاقة من علاقات القانون العام كانت كفة طرفى العلاقة غير متكافئة وظهرت الدولة فيها بمظهر صاحب السلطان •

أما علاقات القانون الخاص فهى تقوم — فى جملتها — على أساس من الحرية والمساواة • فالقاعدة أن الفرد لا يلتزم إلا بإرادته ، وهو فى علاقته مع غيره من الأفراد أمام القانون سواء ، فلا يمتاز أحدهما على الآخر أمامه[1] •

وهذا الخلاف بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص يبرره كما ذكرنا اختلاف المصالح التى ينظمها كل منهما • وهذا الاختلاف قائم بالرغم من محاولات التقريب بين القانون العام والقانون الخاص ، بتوسيع نطاق الأول وتقييد نطاق الثانى ، لأن التفرقة بينهمـا ستبدو واضحة للعيان على الأخص فى نطاق الغاية والغرض • لأن مصلحة الفرد قد تتعارض مع مصلحة الجماعة ولا تؤثر فيها ، لا مناص من ترك القانون الخاص يعمل فى نطاقه وفى الحدود التى لا تضر الصالح العام ، ولن يتحقق ذلك إلا على أساس قيام أوجه الخلاف التى ذكرناها سلفا ، وإن خففت حدتها أو حجّمت فإنها ستظل باقية وعلى وجه الخصوص فى نطاق أعمال السيادة التى تقوم بها الدولة بصفتها صاحبة السلطان ، فلا يمكن على الإطلاق جعل هذه الأعمال تدخل فى نطاق القانون الخاص لأنها فى الغالب تتعارض مع مصالح الأفراد ، وفى نطاق حرية التعاقد الخاص بقواعده التكميلية فإن للأفراد الاتفاق على ما يخالفها ولا يمكن أن يدخل هذا فى نطاق القانون العام لأنه يتعلق بالمصلحة الشخصية التقديرية الخاصة ولا يمكن حظرها حتى فى هذا الإطار المحدود خصوصا فى حالة عـدم

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٠ ص ٥٥ — ٥٨

وجود ضرر يترتب عليها . لهذا لا مناص من وجود التفرقة على النحو الذى قلناه حتى مع قيام الاتجاهات والآراء التى تحبذ عدم التفرقة [١] .

وسنعرض للقانون العام والقانون الخاص وفروعهما فى مطلبين على النحو الآتى :

المطلب الأول : فى فروع القانون العام .

المطلب الثانى : فى فروع القانون الخاص .

المطلب الأول

فروع القانون العام

١٢٩ — تقسيم :

يجرى الفقهاء على تقسيم القانون العام إلى قسمين كبيرين : القانون العام الخارجى (le droit public externe) والقانون العام الداخلى (le droit public interne) ، ويعرف القانون العام الخارجى باسم القانون الدولى le droit international public ، وهو الذى ينظم علاقة الدولة بغيرها من الدول والهيئات الدولية ، أما القانون العام الداخلى ، فإنه ينظم العلاقات الداخلية العامة فى الدولة ذاتها داخليا . ويندرج تحته العديد من الفروع تبعا لتنوع المسائل المتصلة بالسيادة أو السلطة العامة فى الجماعة . ولهذا فإنا نعرض لكل قانون على حدة فى

(١) وقد لوحظت التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص فى القرن الثامن عشر فقد وقف الفيلسوف الفرنسى مونتسكيو على تميز قواعد القانون العام عن قواعد القانون الخاص فسجل هذه الملاحظة فى كتابه « روح القانون» حيث قال : « إن من السخف أن نحاول إخضاع القانون الذى ينظم الدولة والأمة والعالم لنفس القواعد التى تخضع لها حقوقنا الخاصة » . انظر فى هذا المعنى د. عبد المنعم البدراوى ص ٥٨ .

فرع مستقل لنتمكن من معرفة مضمون الأول ثم نبين مصادره ، ومدى اعتباره قانونا دوليا بالمعنى الصحيح • أما الثانى فنعرض لبيان حقيقته ثم نعرض للفروع التى تندرج تحته تبعا لاختلاف موضوعاتها بإيجـاز يتفق ما توخيناه من هذه الدراسة المركزة •

الفرع الأول

القانون الدولى العام
le droit international public

١٣٠ ــ تعريف القانون الدولى العام وبيان موضوعه :

يعرف القانون الدولى العام بأنه مجموعة القواعد الملزمة التى تنظم ــ أو تحكم ــ علاقات الدولة بالدول الأخرى سواء فى وقت السلم أو فى وقت الحرب •

فالقانون الدولى العام إذن يشمل علاقات الدولة بالدول الأخرى فى حالتى السلم والحرب ، كما أنه ينظم أيضا علاقة الدولة بالمنظمات الدولية المعترف بها ، ويبدأ هذا القانون بيان أشخاص العلاقات التى ينظمها ، سواء أكانت دولا أم هيئات ومنظمات دولية ، فيحدد حقوقها وواجباتها ، كحق الدولة فى السيادة على أراضيها ، وحقها فى البقاء والحرية والمساواة والاحترام المتبادل • ثم يحدد إقليم الدولة ، ويبين مدى حق الدولة على هذا الإقليم • ويبين كذلك الأحوال التى تتعرض فيها الدولة للمسئولية الدولية ، بالإضافة إلى تنظيمه للعـلاقات الدولية من حيث التمثيل الخارجى والمؤتمرات والمعاهدات والمنظمات الإقليمية العامة ، ويرسم أيضا الطرق الودية لفض المنازعات الدولية كالمفاوضة والتحكيم •

وتسمى القواعد التى تنظم الروابط السابقة جميعا بقانون السلم •

فإذا لم تجد الوسائل السلمية (المفاوضات والتحكيم) فى فض المنازعات الدولية وقامت الحرب ، فإن القانون الدولى العام يتولى وضع قواعد للحرب ، مبينا كيفية إعلانها ووسائلها المشروعة وغير المشروعة ، وواجبات كل من المتحاربين تجاه العدو . ثم هو بعـد ذلك ينظم علاقة الدول المحاربة بالدول المحايدة ، بتحديد واجبات وحقوق كل منها تجاه الأخرى . وهذه القواعد المنظمة للحرب والحياد تعرف باسم قانون الحرب والحياد[1] .

١٣١ — مصادر القانون الدولى العام :

إن المصادر الأساسية للقانون الدولى العام عند الفقهاء ثلاثة : العرف ، والمعاهدات العامة ، ويطلق عليها اصطلاح المعاهدات الشارعة Traités lois ، والمبادىء القانونية العامة التى أقرتها الدول المتمدينة .

١ — العرف : ويعد أهم مصدر من مصادر القانون الدولى العام ، لأن معظم قواعد هذا القانون ، مشيّدة على الأعراف الدولية ، فالعرف يأتى فى الدرجة الأولى بالنسبة لمصادر هذا القانون ، بخلاف القانون الداخلى حيث يعتبر العرف مصدرا من الدرجة الثانية . والعرف الدولى يتكون بنفس الطريقة التى يتكون بها العرف الداخلى ، وقد يكون العرف إقليميا ، إذا كان وليد ظروف خاصة بجماعة معينة من الدول ، أو بمنطقة معينة من العالم ، كدول الشرق الأوسط ، أو الدول الاسكندنافية مثلا . وقد يكون العرف عاما أى دوليا إذا تناول شئونا عامة تهم كافة الدول ، مثل عدم فتح الحقائب

---

(١) د. عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٣٩ ص ٨٠ وما بعدها ، و د. عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٢ ص ٥٩ وما بعدها ، و د. مختار القاضى ص ٩٤ .

الدبلوماسية ، والتسهيلات التى تمنح لرجال السلك الدبلوماسى عند السفر أو القدوم مثلا •

ويمكن التعرف على أحكام العرف الدولى من الاستقراء والملاحظة للمعاملات الدولية ، ومن قضايا المحاكم الدولية ، ومن النص عليه بصورة مطردة فى المعاهدات أو من الإشارة إليه فى القوانين الداخلية ، أو فى كتب شراح القانون العام ، كل هذه مظاهر تساعد على التعرف عليه •

٢ ـ المعاهدات العامة : تسمى هذه المعاهدات بالمعاهدات الشارعة : وهى التى تقرر قاعدة من قواعد القانون الدولى العام أو تقر أو تحدد أو تعدل أو تلغى قاعدة من هذه القواعد • وهى نوع من المعاهدات التى تبرمها الدول فى شأن من الشئون الدولية كاتفاقية لاهاى لسنتى ١٨٩٩ و١٩٠٧ التى تعد بمثابة تقنين للحرب والقواعد المنظمة لها • وسبل تسوية المنازعات الدولية بالطرق السلمية • ومن ذلك أيضا ميثاق هيئة الأمم المتحدة المبرم فى سان فرنسسكو عام ١٩٤٥

أما المعاهدات الخاصة بين عدد من الدول المحدودة ، فهى بطبيعتها لا تلزم سوى أطرافها ، ولكن تكررها يوحى باكتسابها لقوة الأعراف الدولية كالقاعدة التى تحرم تسليم اللاجئين السياسيين •

والمعاهدات التى يستمد منها القانون الدولى العام بعض أحكامه هى المعاهدات الدولية العامة ولا يعتد بالمعاهدات الدولية الخاصة إلا إذا استقر التعامل عليها دوليا •

٣ ـ المبادىء القانونية العامة : ويقصد بها المبادىء الأساسية التى

تقرها الدول المتمدينة فى معظم بلاد العالم ، والتى تقيم عليها نظامها القانونى . كمبدأ مسئولية فاعل الضرر بالتعويض ، ومبدأ احترام العقود ، وغير ذلك من المبادىء والقواعد القانونية العامة التى تأخذ بها التشريعات الداخلية فى معظم الدول المتمدينة[1] .

١٣٢ — مدى اعتبار القانون الدولى العام قانونا بالمعنى الكامل :

قد أنكرت قلة من الفقهاء على قواعد القانون الدولى وصف القانون بالمعنى الكامل[2] ، وكانت حجتهم فى ذلك عدم وجود سلطة عليا دولية تتولى توقيع الجزاء على من يخالف أحكام هذا القانون .

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٣ ص ٦١ و ٦٢ ، و د. عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٤٠ ص ٨٢

(٢) يقول د. عبد الفتاح عبد الباقى : « نحن لا نرى فى قواعد القانون الدولى العام قواعد قانونية بالمعنى الدقيق ، بل هى تتوسط بين قواعد القانون وقواعد الأخلاق » . انظر كتابه فى نظرية القانون ط ١٩٦٦ ص ٨٤

ويقول د. حسن كيرة : « ... لا يمكن اعتبار قواعد القانون الدولى العام قواعد قانونية وضعية كاملة ، أى قواعد مطبقة فعلا فى المحيط الدولى ، لأنها ليست بعد بالقواعد الملزمة إلزاما جبريا للدول ، فتستطيع كل دولة المخالفة عنها دون أن تجد اجبارا جماعيا يحملها على احترام احكامها . فهى قواعدة إذن لم تبلغ بعد نهاية التطور الكامل الذى وصلت إليه قواعد القانون الداخلى » انظر كتابه فى المدخل إلى القانون ط ١٩٧٤ ص ٦٥ و ٦٦

ويؤيد هذا الاتجاه د. محمد على إمام فى كتابه محــاضرات فى نظرية القانون ط ١٩٥٤ فقرة ٢٥ و د. مختار القاضى فى أصول القانون ط ١٩٦٧ ص ٩٨ ومن أشار ليهم د. كيرة فى ص ٦٦ هامش ١

وعكس هذا الاتجاه د . سليمان مرقس فى المدخل للعلوم القــانونية ط ١٩٦١ فقرة ١٣١ ، و د. محمد حافظ غانم فى الأصول الجديدة للقانون الدولى العام الطبعة الثانية ص ٤١ وأيضا فى كتابه مبادىء القانون الدولى العام ط ١٩٦٨ فقرة ٣٢ ص ٨٨ ، و د. حامد سلطان و د. عبدالله العريان فى أصول القانون الدولى فقرة ٢ ، و د. حامد سلطان ايضا فى كتابه القانون الدولى العام وقت السلم الطبعة الرابعة سنة ١٩٦٩ فقرة ٧ ص ١٧ ، و د. محمد =

غير أن هذا الرأى مردود عليه ، بأن وجود سلطة عليا تملك توقيع الجزاء لا يعد لازما لتوافر الصفة القانونية لقاعدة السلوك • فمن المعلوم أن القاعدة العرفية تعتبر قاعدة قانونية بالمعنى الكامل بمجرد توافر أركانها والاعتقاد فى صفتها الملزمة ، دون أن يكون توقيع جزائهـا منوطا بأية سلطة عليا •

ولا شك فى أن عنصرى الإلزام والجزاء يتوافران فى قواعد القانون الدولى إلا أن عدم اكتمال فعالية هذه العناصر من الناحية العملية يرجع إلى عدة اعتبـارات تتعلق بالتوازن الدولى أكثر من تعلقهـا بالتنظيم القانونى للمجتمع الدولى ومدى إمكانيته • فهناك سلطة عليا تملك الجزاء فى الجمعية العامة للأمم المتحدة ومجلس الأمن ، وقد مارست بالفعل بعض السلطات التدخلية فى حدود ضيقة (الكونغو والشرق الأوسط) عن طريق ما يسمى بقوات الطوارىء الدولية[1] •

ومع ذلك لا تنكر أن قواعد القانون الدولى ضعيفة نظرا لضعف الجزاء المقرر عند مخالفة قواعدها • وفى الواقع قلما تحترم الدول هذه القواعد خصوصا إذا كانت دولا منتصرة فى حرب • لكن هذا لا يمنع من كونها قواعد يجب احترامها ولها جزاءات دولية مقررة • أما مسألة التنفيذ ، ومدى تأثير أو فعالية الجزاء المقرر لمخالفة هذه القواعد فتلك مسألة أخرى ليس هنا مجال بحثها ، لأن ما يهمنا فى هذا الصدد هو أن

=

سامى عبد الحميد فى أصول القانون الدولى العام جـ ١ القاعدة الدولية ط ١٩٧٠ فقرة ١٠ ص ٧٧ — ص ٩٧ ، وفقرة ٢٣ ص ١٧٠ — ص ١٧٣ ، و د. أحمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن فى الوجيز فى المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧٠ ص ٧٧ و ٧٨

(١) د. احمد سلامة و د. حمدى عبـد الرحمن فى المرجع السـابق ص ٧٧ و ٧٨

نعرف بأن قواعد القانون الدولى ، هى قواعد قانونية تتوافر لها صفة الإلزام كشأن أى قاعدة قانونية أخرى بدون أى فارق فى ذلك فحسب .

الفرع الثانى

القانون العام الداخلى

le droit public intérne

١٣٣ - تعريف وتقسيم :

يقصد بالقانون العام الداخلى مجموع القواعد القانونية التى تحكم العلاقات المتصلة بحق السيادة فى الجماعة داخليا لا خارجيا ، أى تلك التى تحكم ما يتصل بالسيادة الداخلية فى الدولة ، دون السيادة الخارجية فى علاقات الدولة بغيرها من الدول [1] .

والقانون العام الداخلى يتفرع إلى عدة فروع مختلفة تبعا لاختلاف الموضوعات التى يعرض لها ، وهى :

١ - القانون الدستورى .

٢ - القانون الإدارى .

٣ - القانون المـالى .

٤ - القانون الجنائى .

٥ - قوانين أخرى .

ونعرض فيما يلى بإيجاز لهذه الفروع المتعددة .

---

(١) د. حسن كيرة فقرة ٣١ ص ٦٦

١٣٤ – أولا – القانون الدستورى :

يعرف القانون الدستورى (le droit constitutionnel) بأنه مجموعة القواعد الأساسية الملزمة التى تنظم شكل الدولة ، وسلطاتها ، وهيئاتها العامة ، وعلاقة كل منها بالآخر وبالمحكومين والحريات العامة للأفراد ، أو هو ذلك الفرع من فروع القانون العام الداخلى الذى يتضمن مجموعة القواعد الأساسية التى تحدد شكل الدولة ونوع الحكم فيها ، وكيفية تنظيم السلطات العامة فى الدولة ، من حيث تكوينهـا واختصاصاتها ، وتنظم علاقة السلطات بعضها بالبعض ، وتقرر الحقوق الأساسية للأفراد ، وتنظم علاقتهم بالدولة وسلطاتها [1] .

ومن المعروف أن القانون الدستورى يعد فى الطليعة من فروع القانون العام الداخلى ، ولا يمكن أن يوجد مجتمع على شىء من النظام بدون قواعد أساسية تبين نظام الحكم فيه ، سواء أكانت تلك القواعد مدونة فيما يسمى بالدستور المكتوب ، أو وليدة سوابق عرفية مستقرة ولها فى نفوس الجماعة إلزام القانون ، فالدستور مرتبط بالدولة .

ويتضمن الدستور عادة بيان ما يلى :

(أ) شكل الدولة : من حيث كونها ملكية أم جمهورية ، استبدادية أم ديمقراطية برلمـانية أم غير برلمـانية ، بسيطة أم متحـدة ونحو ذلك .

(ب) نظام الحكم : يحدد الدستور سلطات رئيس الدولة واختصاصـات

---

(١) د. عبـد المنعـم البـدراوى فقـرة ٣٤ ص ٦٢ وما بعـدها ، و د. عبد الناصر العطار فقرة ٤٩ ص ١١٦

السلطة التنفيذية وهى الحكومة ، واختصاصات السلطة القضائية وهى القضاء[1] والنيابة العامة .

(جـ) المقومات الأساسية للمجتمع والحقوق والواجبات العامة : كالتضامن الاجتماعى ، وأهمية الأسرة باعتبارها اللبنة الأولى لبناء المجتمع وحرية الرأى والبحث العلمى والمساواة أمام القانون ، وحرية الاعتقاد ، وفريضة الدفاع عن الوطن ، وأداء الضرائب والتكاليف العامة .. الخ .

ونظرا لخطورة هذه المسائل التى ينظمها هذا الفرع ، اعتبرت قواعده فى قمة القواعد القانونية فى الدولة ، وقد سبق أن بينا ما يترتب على ذلك من ضرورة التزام القواعد الأدنى (القوانين واللوائح) لأحكامه وإلا عدت غير دستورية وأمكن الطعن فيها بذلك[2] .

١٣٥ — ثانيا — القانون الإدارى :

يعرف القانون الإدارى Droit administratif بأنه مجموعة القواعد الملزمة التى تنظم أداء السلطة التنفيذية لوظائفها ، أى تنظم نشاط

---

(١) الواقع أن هناك سلطة من السلطات الثلاث (السلطة التنفيذية ، والسلطة التشريعية ، والسلطة القضائية) لا شأن للقانون الدستورى بها ، وهى السلطة القضائية ، إذ أن الكلام فيها وفى كيفية تشكيلها ونظامها بوجه عام يدخل فى موضوع المرافعات وقانون الاجراءات الجنائية . كما ينبغى أن يلاحظ فى هذا الصدد أن السلطة التنفيذية ليس موضع دراستها القانون الدستورى وحده ، بل هى من المواضيع المشتركة بين القانون الدستورى والقانون الإدارى ، فالقانون الدستورى يقتصر فى كلامه عن اختصاصات السلطة التنفيذية على الأعمال الحكومية أو أعمال السيادة . أما اختصاصات السلطة التنفيذية التى تدخل فى وظيفتها الإدارية فهى من مواضيع دراسة القانون الإدارى . انظر فى هذا المعنى : د. عبد المنعم البدراوى ص ٦٣ هامش ١

(٢) د. عبد الناصر العطار فقرة ٤٩ ص ١١٦ و ١١٧ ، و د. عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٤ ص ٦٢ وما بعدها .

الحكومة وأجهزتها المختلفة من الناحية المدنية . أو هى مجموع القواعد التى تحكم تكوين السلطة الإدارية ونشاطها فى أداء وظيفتها من القيام على أمر المرافق العامة تحقيقا للصالح العام[١] .

والسلطة التنفيذية هى التى تقوم على إدارة وتنسيق العمل فى الهيئات والمؤسسات التابعة لها ، وتقوم أيضا على إدارة المرافق العامة للدولة ، وتخضع فى ممارستها لهذه الوظيفة لقواعد قانونية تدخل تحت اسم القانون الإدارى ، ومن أمثلة الموضوعات التى ينظمها هذا القانون ما يلى :

(أ) تحديد علاقة السلطة التنفيذية المركزية بالإدارات المحلية فى الأقاليم.

(ب) تنظيم وتسيير المرافق العامة .

(جـ) بيان النظام القانونى للأموال العامة وقواعد تحديدها (الأموال المخصصة للمنفعة العامة) .

(د) النظام القانونى للعاملين المدنيين بالدولة (الموظفون بالحكومة أو القطاع العام) ، أى أحكام تعيينهم وترقيتهم ، وحقوقهم وواجباتهم ، ونظام تأديبهم .

(هـ) الأعمال والتصرفات الإدارية ، وشروط صحتها ، ووسائل الرقابة الإدارية والقضائية عليها[٢] .

---

(١) د. حسن كيرة فقرة ٣٣ ص ٦٨ ، و د. عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٥ ص ٦٤ ، و د. عبد الناصر العطار فقرة ٥٠ ص ١١٧ ، و د. أحمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن ص ٧٨ وما بعدها .

يقول الأستاذ Barthélemy : « يبيّن لنا الدستور كيف تشيّد الأداة الحكومية ، أما القانون الإدارى فيبين لنا كيف تعمل تلك الأداة » . راجع : د. عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٤٥ مكرر ٣ ص ٩٠

(٢) د. أحمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن ص ٧٨ و ٧٩

١٣٦ - ثالثا - القانون المالى :

يعرف القانون المالى (le droit financier) بأنه مجموعة القواعد الملزمة التى تنظم مالية الدولة . وذلك من حيث إيراداتها ومصروفاتها ، كما يبين هذا القانون القواعد التى تحكم الميزانية أو هو القانون الذى يتضمن القواعد التى تنظم مالية الدولة أى يبين موارد الدولة ، وكيفية جبايتها ، ثم يحدد أوجه الإنفاق وطريقته [1] .

فموضوعات القانون المالى تدور حول الميزانية الخاصة بالدولة ، وهى تنقسم إلى إيرادات ومصروفات . فالقانون المالى يبين كيفية الحصول على إيرادات للدولة وكيفية انفاق هذه الإيرادات .

أما مصادر الإيرادات فهى متنوعة ومختلفة ، فهناك الضرائب ، وما تقتضيه الدولة نظير الخدمات التى تؤديها بواسطة المرافق العامة التى تديرها أو تشرف عليها ، وما يؤول إليها من غلة أموالها الخاصة (الاستثمار) أو ما تبيعه من هذه الأموال ، ثم هناك بعد ذلك القروض التى تقترضها الدولة لتنفيذ المشروعات التى تحتاج إلى أموال خاصة قد تعجز الميزانية عن مواجهتها عن طريق الإيرادات العادية .

وأما المصروفات أو النفقات العامة فهى ما تنفقه الدولة على المرافق العامة التى تقوم بها كالدفاع والأمن والتعليم والصحة والقضاء وغير ذلك من الخدمات الأخرى خصوصا الدعم الذى يقدم للسلع الضرورية كرغيف الخبز .

ويلحق القانون المالى بالقانون الإدارى عادة ، على اعتبار أنه

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٨ ص ٦٨ ، و د. عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٤٨ ص ٩٣ و د. حسن كيرة فقرة ٣٤ ص ٦٩ ، و د. مختار القاضى ص ٢٠١ ، و د. عبد الناصر العطار ص ١٦٨

ينظم الجانب المالى لنشاط الإدارة • إلا أن موضوعات القانون المالى قد تعددت وتشعبت حتى أصبح من المناسب فصله عن القانون الإدارى واعتباره فرعا متميزا من فروع القانون العام •

١٣٧ — رابعا — القانون الجنائى :

يعرف القانون الجنائى (le droit criminel) بأنه مجموعة القواعد التى تحدد الجرائم التى يعاقب عليها القانون ، والعقوبة المقررة لكل منها ، وإجراءات ضبط المتهم ومحاكمته وتوقيع العقاب عليه إذا ثبتت إدانته • أو هو مجموعة القواعد التى تبين الجرائم الجنائية وعقوباتها والإجراءات الجنائية التى تتبع فى محاكمة مرتكبى هذه الجرائم[١] •

ويبين من هذا التعريف أن القانون الجنائى بمعناه العام يشتمل على نوعين من الأحكام : أحكام موضوعية ، وأحكام شكلية :

(أ) أمام الأحكام الموضوعية (قانون العقوبات) : فهى التى تعنى ببيان الجرائم والعقوبات المقررة لها ، وهذا النوع من الأحكام يطلق عليه اسم قانون العقوبات وينقسم بدوره إلى قسمين : القسم العام ، والقسم الخاص •

١ — القسم العام : ويشتمل على النظرية العامة أو الأحكام العامة للجريمة والعقوبة ، فهو يبين أن للجرائم أنواع ثلاث : الجناية والجنحة والمخالفة ، كما يبين الأركان اللازمة لقيام الجريمة ، وهى الركن الشرعى الذى يقضى بوجود نص يجرم الفعل ويعاقب عليه (فلا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) ، والركن

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٩ و ٤٠ ص ٦٩ ، و د. حسن كيرة فقرة ٣٥ ص ٧٠ و ٧١ ، و د. عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٤٩ مكرر ٤ وفقرة ٥٠ ص ٩٤ و ٩٥ ، و د. عبد الناصر العطار فقرة ٥١ ص ١١٨

الأدبي والذى يقتضى أن يقع الفعل من شخص متمتع بأهلية تحمل أعماله . وأخيرا يبين القسم العام قواعد العقوبة أى أنواعها ، وحالات تعددها ، وحالات سقوطها ، وحالات الإعفاء منها .

٢ ــ القسم الخاص : ويضم القواعد الخاصة بكل جريمة على حدة كالقتل والسرقة والنصب والاختلاس والتجسس ، مع بيان أركان كل جريمة وصورها المختلفة والعقوبة التى توقع على مرتكبها .

(ب) أما الأحكام الشكلية (قانون الإجراءات الجنائية droit d'intruction criminelle) : فهى التى تعنى بتنظيم المحاكم الجنائية ، وتحديد اختصاصاتها ، وبيان الإجراءات التى تتبع فى تحقيق الجرائم ومحاكمة مرتكبيها وتوقيع العقاب عليهم .

هذا ولكل من الأحكام الموضوعية والأحكام الشكلية مجموعة قانونية خاصة فى التشريع المصرى[١] .

١٣٨ ــ خامسا ــ قوانين اخرى :

من هذه القوانين القانون العسكرى le droit militaire (قانون الأحكام العسكرية) وهو عبارة عن مجموعة من القواعد الملزمة التى تنظم الجرائم العسكرية وعقوباتها ، والإجراءات التى تتبع لضبط هذه الجزائم والتحقيق فيها ومحاكمة مرتكبيها .

ومنها القوانين المهنية كتلك التى تنظم مهنة المحاماة ، أو مهنة المحاسبين أو مهنة الأطباء ، أو مهنة الصيادلة ... الخ . ومنها كذلك

---

(١) د. أحمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن ص ٧٩ و ٨٠.

القوانين الاقتصادية كقوانين التسعيرة الجبرية ، والتأميم ، والتجارة الداخلية ، والعملة .. الخ . ومنها القوانين الصحية المتعلقة بالتطعيم ، والوثائق الصحية كشهادات التطعيم الدولية ، ومواجهة الأوبئة ... الـخ[١] .

المطلب الثانى

فروع القانون الخاص

١٣٩ – القانون الخاص وفروعه[٢] :

يطلـق اصـطلاح القـانون الخـاص Droit privé عـلى مجموعة القواعد التى تنظم علاقات الأفراد فيما بينهم ، أو علاقات الأفراد بالدولة حين تتصرف الدولة كشخص عادى لا بوصفها صاحبة سيادة أو سلطان .

ويضم القانون الخاص فروعا متعددة نجملها فيما يلى :

١ – القانون المدنى .

٢ – القانون التجارى .

٣ – قانون المرافعات المدنية والتجارية .

٤ – القانون الدولى الخاص .

٥ – فروع مستحدثة فى القانون الخاص .

---

(١) د. عبد الناصر العطار فقرة ٥٢ ص ١١٨

(٢) يراجع : د. حسن كيرة فقرة ٣٦ وما بعدها ، و د. عبد المنعم البدراوى فقرة ٤١ وما بعدها و د. عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٥٣ وما بعدها، و د. مختار القاضى ص ٨٩ وما بعدها و د. عبد الناصر العطار فقـرة ٤٠ وما بعدها ، و د. أحمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن ص ٨١ وما بعدها .

وسنتكلم عن كل فرع من هذه الفروع فى فقرة مستقلة على النحو التالى :

١٤٠ — أولا — القانون المدنى Droit civil [1] :

يعرف القانون المدنى بأنه مجموعة القواعد الملزمة التى تنظم السلوك الخاص للأشخاص فى المجتمع ، أو التى تنظم علاقات الأفراد بغض النظر عن طبيعتها وعن المهنة التى يمتهنونها •

وترجع تسمية القانون المدنى إلى القانون الرومانى • فالقانون المدنى كان يعنى قانون المدينة ، أى القانون الذى يحكم مدينة روما ومواطنيها • وقد قابل الرومان بين القانون المدنى وبين قانون الشعوب ، وهو القانون الذى كان يحكم علاقات الرومان بالأجانب فى الامبراطورية الرومانية • وسرعان ما اندمج قانون الشعوب فى القانون المدنى وانتقلت قواعده إليه وأصبحت تحكم أيضا علاقات الرومان فيما بينهم •

وفى العصر الوسيط أصبح يطلق على مجموعة القانون الرومانى التى وضعها الامبراطور جوستنيان فى القرن السادس الميلادى اسم

---

(١) يعتبر القانون المدنى بمثابة الأصل الأصيل للقانون الخاص فهو دعامته ، لأنه يعد الشريعة العامة فى علاقات القانون الخاص بمعنى انه هو المرجع حيث لا توجد فى فروع القانون الخاص الأخرى قواعد بشأن العلاقات التى تحكمها ، فضلا عن انه يتوجه إلى جميع الأفراد دون استثناء ، إذ انه يتوجه إليهم بصفتهم افرادا بغض النظر عن اختلاف طوائفهم ومهنهم ، فهو يحكم كافة العلاقات العينية • وفى غير مصر والدول العربية — والإسلامية غالبا — يحكم جميع العلاقات ما يتصل منها بالأحوال العينية او الأحوال الشخصية اى انه يضع جميع قواعد المعاملات . اما فى مصر والدول العربية فإن قواعد الأحوال الشخصية تخرج عن نطاق القانون المدنى ، خضوعا لقواعد الشريعة الإسلامية التى تنظم أحكام الأسرة وكافة ما يتعلق بها . راجع فى هذا المعنى : د. حسن كيرة فقرة ٣٧

مجموعة القانون المدنى تمييزا لها عن مجموعة القانون الكنسى التى كانت تضم قواعد القانون الكنسى •

وبعد أن انفصلت قواعد القانون التجرى عن قواعد القانون المدنى أصبح القانون المدنى هو القانون المنظم للعلاقات الخاصة عموما ، أما القانون التجارى — كما سيأتى — فهو الذى يحكم العلاقات التجارية وحدها •

وفى العصر الحديث نظرا لتشعب النشاط الاقتصادى ، تميزت بعض الموضوعات التى كان ينظمها القانون المدنى وأخذت تستقل عنه بتنظيم خاص بها كقانون العمل ، والقانون الزراعى ، ولكن على الرغم من انفصال هذه الفروع المختلفة عن القانون المدنى ، فيجب ألا ننسى أنها تفرعت عنه • ولذلك فإن القانون المدنى يعتبر أساس القانون الخاص أو هو الشريعة العامة droit commun التى يجب تطبيقها ما لم يوجد نص استثنائى خاص بالعلاقة محل النزاع • فمثلا إذا لم يتضمن القانون التجارى نصا يحكم مسألة معينة متعلقة بالعقود التجارية أو بإحدى الشركات التجارية ، وجب الرجوع فى ذلك إلى أحكام القانون المدنى فى العقود وفى الشركات [1] •

والقانون المدنى ينظم عادة الروابط أو المعاملات المالية أى ذات الطابع المالى وتسمى بالأحوال العينية ، كما ينظم أحكام الأسرة وتسمى بالأحوال الشخصية •

ولهذا فإن مجموعات القانون المدنى فى غالبية دول العالم تنظم هذين الفرعين من الروابط تنظيما كاملا •• غير أن التقنين المدنى المصرى ومن

(١) د• عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٢

حذا حذوه فى وضع التقنينات العربية ، يقتصر على تنظيم الأحوال العينية أما ما يسمى بالأحوال الشخصية فتسرى عليها أحكام الشريعة الإسلامية والشرائع الدينية الأخرى والقوانين الصادرة بشأنها . ولذلك لم تتعرض المجموعة المدنية لمعظم الأحوال الشخصية واقتصرت فى الفصل الثانى من بابها التمهيدى عند الكلام عن الشخص الطبيعى على الكلام فى بدء الشخصية وانتهائها ، ووضع قواعد لحساب درجة القرابة واسم الشخص ، وموطنه ، وأهليته (المواد من ٢٩ إلى ٥١) ، أما سائر مسائل الأحوال الشخصية فلم تتعرض لها ، وقد ترك المشرع المصرى سائر مسائل الأحوال الشخصية خارج المجموعة المدنية لتحكمها المصادر التى أسلفناها (قواعد الشريعة الإسلامية والديانات المختلفة والقوانين الصادرة فى هذا الشأن) .

ويلاحظ أن القانون المدنى المصرى المعمول به حاليا صدر به القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨[1] ، وعمل به ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ م ، ويتضمن ١١٤٩ مادة .

وقد استمد هذا التقنين (المدنى) بعض أحكامه من التقنين المدنى السابق[2] (قانون سنة ١٨٨٣ م) وكان هذا التقنين الأخير مأخوذا من قانون نابليون (التقنين الفرنسى) ، كما استمد القانون المدنى الحالى أحكامه الأخرى من أحكام الشريعة الإسلامية ، ومما جرى عليه قضاء المحاكم المصرية .

---

(١) صدر هذا القانون بقصر القبة فى ٩ رمضان سنة ١٣٦٧هـ (١٢ يوليو سنة ١٩٤٨ م) ونشر فى الوقائع المصرية بالعدد ١٠٨ مكرر (أ) الصادر بتاريخ ٢٩ يوليو سنة ١٩٤٨ م .

(٢) المراد به القانون المدنى المعمول به أمام المحاكم الوطنية والصادر فى ٢٨ أكتوبر سنة ١٨٨٣ م ، والملغى بالمادة الأولى من القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ م . الخاص بإصدار القانون المدنى الجديد .

وهناك عدة تشريعات تلحق بالتقنين المدنى الحالى وتكون معــه القانون المدنى ، لأنها تنظم مسائل يتعرض لها ، ومن هذه التشريعات قانون تنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ وقانون إيجار الأماكن رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ م والقرارات الوزارية المنفذة لهما ، وقانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ م ، وقانون حمــاية حق المؤلف رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ .. الخ .

١٤١ ــ ثانيا ــ القانون التجارى le droit commercial :

يعرف القانون التجارى بأنه مجموعة القــواعد الملزمة التى تنظم سلوك الأشخاص فى المجتمع بسبب احترافهم التجارة أو لقيامهم بأعمال تجارية .

فالقانون التجارى ينظم التجارة وعمل التاجر ويحدد متى يعتبر الشخص تاجرا ومتى يكتسب عمله وصف العمل التجارى . كمــا ينظم هذا القانون أيضا مجموعة التصرفات والتنظيمات المتعلقة بالتجارة ، فهو ينظم العقود التجارية والأوراق التجارية (الشيك ــ الكمبيالة ــ السند الإذنى) والدفاتر التجارية وحالات التوقف عن الدفع ، وإشهار الإفلاس ، كما يضع القواعد المتعلقة بالشركات التجارية .

ولقد كان التجار والتجارة يخضعان للقانون المدنى بوصفه القانون العام للعلاقات المــالية للأفراد ــ كما سبق أن أشرنا ــ بيد أن مقتضيات التجارة أثبت أن الكثير من قواعد القانون المدنى لا يتناسب مع ما تقتضيه التجارة من السرعة والائتمان . فقد أثبت ازدهار التجــارة أن هاتين الصفتين لا غنى عنهما للتاجر ونشاطه . لذلك كان لازما وضع أحكام خاصة تتمشى مع منطق الثقة ومتطلب السرعة ، ومع التطــور فرضت التجارة أسلوبها ، وأصبح لها قواعدها الخاصة التى ظهرت فى أول الأمر

فى صورة استثناءات من قواعد القانون المدنى ، ومع ازدياد التجارة وتطور أساليها وتشعب موضوعاتها كونت فرعا مستقلا قائما بذاته هو القانون التجارى [1] .

وينقسم القانون التجارى إلى ما يلى :

قانون تجارى برى ، وقانون تجارى بحرى ، وقانون تجارى جوى ، وسنعرض لهذه الأنشطة المختلفة بإيجاز فيما يلى :

(أ) التقنين التجارى البرى [2] : ينظم القواعد العامة فى التجارة ، والأعمال التجارية ، والدفاتر التجارية ، والعقود التجارية — كما سبق أن ألمحنا — ويشمل قانون التجارة البرى كذلك عدة قوانين أخرى ، منها قانون السجل التجارى ، وقانون الدفاتر التجارية ، وقانون الصلح الواقى من الإفلاس ، وقانون الشركات . وقد صدر التقنين التجارى البرى فى مصر بالأمر العالى فى ١٣ نوفمبر سنة ١٨٨٣ م .

---

(١) د. احمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن ص ٨٣ و ٨٤

(٢) وقد صدرت مجموعة القانون التجارى المختلطة فى سنة ١٨٧٥ م . بعد أن أخذت معظم احكامها عن القانون الفرنسى . وقد ظلت هذه المجموعة قائمة حتى ألغيت المحاكم المختلطة فزالت بزوالها . وفى سنة ١٨٨٣ م صدرت المجموعة التجارية الوطنية . وهى منقولة نقلا يكاد يكون حرنيا عن المجموعة المختلطة . ولا زالت هذه المجموعة نافذة حتى اليوم .

وقد أدخلت على المجموعة الوطنية من وقت صدورها حتى الآن عدة تعديلات اساسية . إلا ان هذه التعديلات لم تصل إلى الحد الذى يجعل قواعد القانون التجارى تتمشى مع حاجات التجارة . وهناك لجنة موكول إليها وضع مشروع قانون جديد للتجارة يتمشى مع ما طرأ على الاقتصاد المصرى من تغيير فى مساراته ، لان كثرة التعديلات التى وردت على القانون التجارى جعلته مهلهلا ولا يكاد يصلح لمسايرة هذا العصر . انظر فى هذا المعنى د. عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٥٩ ص ١٠٥

(ب) القانون التجارى البحرى[1] : هو القانون الذى ينظم التجارة البحرية أو الملاحة البحرية على وجه العموم .

والذى دعا إلى وضع قواعد خاصة لمسائل التجارة البحرية يرجع من جهة إلى كبر قيمة السفينة وتعرضها لأخطار الملاحة ، ولأنها من جهة أخرى لا تكون تحت رقابة مالكها فى وقت استغلالها فى التجارة البحرية .

وقانون التجارة البحرى تدور قواعده أساسا حول السفينة بوصفها أداة الاستغلال البحرى . وينظم هذا القانون تعريف السفينة والحقوق والعقود التى ترد عليها ، ومركز الربان الذى يقودها من حيث اختصاصاته وسلطاته وعلاقته بصاحب السفينة وبالعاملين على ظهرها ، كما ينظم أيضا أحكام عقد النقل البحرى ، وعقد القرض البحرى ، وعقد التأمين البحرى ، وكافة أحكام المسئولية المترتبة على استغلال السفينة وتسييرها[2] .

---

(١) ظهرت أول قوانين بحرية فى العصر الحديث فى صورة تشريعات أولها أمر البحرية الصادر فى سنة ١٦٨١ لتنظيم التجارة البحرية ، وقد أصدره لويس الرابع عشر ملك فرنسا مستمدا أغلب أحكامه من العادات والأعراف البحرية ، وقد صدرت المجموعة التجارية الفرنسية فى عهد نابليون سنة ١٨٠٧ وكان من اهم مصادرها أمر البحرية السالف الذكر خصوصا فى كل ما تضمنه الكتاب الثانى من المجموعة المدنية والخاص بالتجارة البحرية ومن المعروف أن المشرع المصرى قد استمد احكام قانون التجارة البحرية الصادر سنة ١٨٨٣ من القانون الفرنسى . راجع فى هذا المعنى : د. قاسم عبد الحميد الوتيدى فى محاضرات فى القانون البحرى (على الآلة الضاربة سنة ١٩٨٤) ص ٥٤

(٢) انظر : د. عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٦٠ ، و د. عبد الناصر العطار فقرة ٤٢ ، و د. مختار القاضى ص٩٠ ، و د. عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٧

وقد صدر التقنين التجارى البحرى فى مصر بنفس التاريخ الذى صدر فيه قانون التجارة البرى فى ١٣ نوفمبر سنة ١٨٨٣ م .

(جـ) قانون التجارة الجوى[1] : هو مجموعة الأحكام التى تنظم الملاحة والتجارة الجوية . أو هو القانون الذى ينظم العلاقات الناشئة من الملاحة الجوية المدنية ومسئولية الناقل الجوى .

وقد أدى إلى ظهور هذا الفرع الأهمية المتزايدة للنقل الجوى فى العصر الحديث . والقانون الجوى ينظم الحقوق التى ترد على الطائرة وعلاقة قائدها بملاحيها وبصاحبها ، وعقد النقل الجوى ، وعقد الشحن الجوى ، والتأمين على الطائرة والمسئولية عن حوادثها ، وطرق استخدام المطارات .. وقد صدر فى مصر القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٦ بشأن بعض أحكام الطائرات ، وهو يعد من القانون الجوى .

ويلاحظ أن هذا القانون ما زال فى طور النمو ، ومعظم قواعده تنظمها اتفاقات دولية .

١٤٢ — ثالثا — قانون المرافعات المدنية والتجارية :

يعرف قانون المرافعات المدنية والتجارية Droit des procédures civiles et commerciales بأنه مجموعة القواعد الملزمة التى تحدد الإجراءات الواجبة الإتباع لحماية الحق عن طريق السلطة القضائية . أو هو مجموعة القواعد التى تبين الإجراءات الواجبة الاتباع للحصول ، بوساطة السلطة القضائية ، على حماية الحقوق[2] .

---

(١) د . أحمد سلامة و د . حمدى عبد الرحمن ص ٨٥ ، و د . عبد الناصر العطار ص ١١٣ و ١١٤

(٢) د . عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٦١ ، و د . أحمد سلامة و د . حمدى عبد الرحمن ص ٨٥

فقانون المرافعات يعد من القوانين الشكلية ، لأنه قانون إجراءات ووسائل يقصد بها رد الاعتداء على الحقوق ، وهو يشتمل على موضوعات ثلاثة :

الأول : النظام القضائى ، وذلك ببيان الأصول التى يقوم عليها هذا النظام ، وتشكيل المحاكم فى مختلف درجاتها ، ثم بيان الأفراد والهيئات المختلفة التى تتعاون فى أداء العدالة . فتبين قواعده (قانون المرافعات) شروط تعيين القضاة ونقلهم وترقياتهم وعزلهم ، والضمانات المقررة لهم ، كما تنظم هذه القواعد عمل أعوان القضاة من محامين ، وكتبة ومحضرين .

الثانى : الاختصاص القضائى ، أى توزيع ولاية القضاء على المحاكم المتعددة والمختلفة الدرجات ، وقواعد الاختصاص هذه يتعلق بعضها بتوزيع ولاية القضاء على جهاته المختلفة ، كالقواعد المنظمة لولاية القضاء الإدارى بالنسبة للقضاء المدنى ، وبعضها يتعلق بالاختصاص النوعى ، أى اختصاص المحكمة من حيث نوع الدعوى وأهميتها ، كالقواعد التى توزع الاختصاص بين المحاكم الجزئية والمحاكم الابتدائية . كما يتعلق بعضها بالاختصاص المحلى ، وهى القواعد التى تبين الدائرة الإقليمية التى تباشر المحكمة وظيفتها داخل حدودها ، كتحديد اختصاص محكمة القاهرة أو محكمة طنطا .

الثالث : إجراءات التقاضى : وهى الإجراءات التى تتبع فى الالتجاء إلى المحاكم ، أى فى رفع الدعاوى ، وفى تحقيقها ، وفى الحكم فيها ، وكذلك الإجراءات التى تتبع فى تنفيذ الأحكام القضائية [1] .

وقانون المرافعات المدنية والتجارية المصرى الحالى هو القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ م ويتضمن ٥١٣ مادة ، ويلحق به قانون الإثبات

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٨

رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ م الذى يتناول الأحكام العامة للإثبات ، ومدى الاستدلال بشهادة الشهود ، والأدلة الكتابية ، والقرائن ، والإقرار ، واليمين ، والمعاينة ، والخبرة •

ومما تجدر ملاحظته أن قانون المرافعات المدنية والتجارية هو القانون الأصلى للاجراءات التى تتبع أمام المحاكم واللجان القضائية — كما سبق أن ألمحنا — ولكن هناك قواعد أخرى فى بعض القوانين تبين الإجراءات الواجبة الاتباع فى بعض المنازعات كقانون العمل رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ الذى يتضمن بعض قواعد الإجراءات الخاصة بمنازعات العمال ، وقانون تنظيم العلاقة بين المالك والمستأجر رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ ورقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، ويتضمن كلاهما بيان القواعد والإجراءات الخاصة بالطعن فى تقدير إيجارات الأماكن ، كما يتضمن القانون رقم ٥٤ لسنة ١٩٦٦ بعض الإجراءات الخاصة بالفصل فى المنازعات الزراعية •

١٤٣ — رابعا — القانون الدولى الخاص :

يعرف القانون الدولى الخاص (le droit international privé) بأنه مجموعة القواعد القانونية التى تحدد المحكمة المختصة بنظر المنازعات ذات العنصر الأجنبى ، وتحدد القانون الواجب التطبيق على النزاع • أو هو ذلك الفرع من القانون الذى يبيّن القانون الواجب التطبيق على علاقة خاصة ذات عنصر أجنبى ، ومدى اختصاص القضاء الوطنى بالنظر فيها •

فالموضوعان الرئيسيان فى القانون الدولى الخاص هما : (تنازع القوانين) و (تنازع الاختصاص) •

ويلاحظ أن العلاقة القانونية التى تقوم بين الأفراد قد تكون وطنية فى جميع عناصرها ، وعندئذ لا مشكلة ، لأن القاضى الذى يستقر

أمامه النزاع سيقوم بالبحث عن القاعدة الواجبة التطبيق على النزاع المعروض أمامه فى القوانين المصرية ثم يطبقها .

أما إذا كانت العلاقة القانونية قد تضمنت عنصرا أجنبيا أو أكثر ، كأن يبيع « محمد » المصرى الجنسية عقارا « لعدنان » السورى الجنسية ، أو أن يتزوج « عوضين » المصرى الجنسية « بكلوديا » الفرنسية الجنسية . ففى مثل هذه الأحوال يثور التساؤل عن القانون الواجب التطبيق ، وعن المحكمة المختصة بما قد ينشأ من منازعات ، فهل المحكمة هى إحدى المحاكم المصرية بحكم أن أحد طرفى العلاقة مصرى ؟ وهل القانون المصرى هو الواجب التطبيق لذات السبب ، أم أن المحكمة هى إحدى محاكم دولة الطرف الآخر ، وأن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولته . ولماذا ؟.

فالقانون الدولى الخاص هو الذى يضع حلولا لمثل هذه المشاكل . مع ملاحظة أنه لا يضع حلولا موضوعية للمنازعات ذات العنصر الأجنبى ، بل يكتفى فقط بوضع ضوابط الإسناد[١] التى تحدد القضاء المختص والقانون الواجب التطبيق من بين المحاكم والقوانين المتنازعة .

١٤٤ — خامسا — فروع مستحدثة فى القانون الخاص :

من المعروف أن القانون المدنى هو أصل القانون الخاص الذى تفرعت عنه سائر الفروع ثم استقلت عنه بعد أن اكتمل كيانها ، وما زال التطور مستمرا فى هذا الاتجاه . ولذلك فإن بعض موضوعات القانون المدنى

---

(١) ضوابط الاسناد أو قواعد الاسناد règle de rattachement توصف بذلك أو يطلق عليها ذلك لأنها تسند العلاقة القانونية الخاصة فى هذا الصدد إلى تنظيم فى قانون معين ، وهى أيضا القواعد التى يستعين بها القاضى لمعرفة القانون الذى يحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبى .

أخذت تزداد نموا بحيث أصبح لها كيانهـا الذاتى ومن ذلك القوانين الآتيـة :

١ — قانون الأسرة (الأحوال الشخصية) .

٢ — قانون العمل .

٣ — القانون الصناعى .

٤ — القانون الزراعى .

٥ — قانون التأمين .

ونتكلم عن هذه الفروع بشيء من التفصيل فيما يلى :

١٤٥ — الفرع الأول — قانون الأسرة (الأحوال الشخصية) :

يعـرف قـانون الأسرة Droit du la famille بأنه مجمـوعة القواعد الملزمة التى تنظم العلاقات الناشئة عن صلات القرابة سواء أكانت قرابة نسب أم قرابة مصاهرة .

ويتضمن القانون المدنى فى غالبية دول العالم تنظيم هذه العلاقات ، ولكن فى مصر يلاحظ أن المشرع المصرى قد ترك — كما سبق أن أشرنا — سائر مسائل الأحوال الشخصية خارج المجموعة المدنية ، لتحكم تنظيمها الشرائع الدينية وبعض القوانين المستمدة من الشريعة الإسلامية ، ولم يتعرض التقنين المدنى للأحوال الشخصية إلا عند التعرض للكلام عن الشخص الطبيعى فى المواد (من ٢٩ إلى ٥١ مدنى) ، فقانون الأسرة فى مصر يتضمن بعض الأحكام المستمدة من الفقه الإسـلامى تطبق على المسلمين والأحكام التى كانت تطبقها المجالس المحلية بالنسبة لغير المسلمين من المصريين كما يتضمن كذلك بعض القوانين ومنها قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ ، وقانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ ، والقانون

رقم ٥٢ لسنة ١٩٢٠ م المتضمن لبعض أحكام النفقة والمفقود ، والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ م والخاص ببعض أحكام الطلاق والنفقة والمفقود ، وقانون الأحوال الشخصية الأخير رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩[1].

وهذه القوانين مستمدة من الشريعة الإسلامية ، وليس معنى عرضنا لنظام الأسرة كفرع مستحدث من القانون الخاص انتقاص من شأن الفقه الإسلامي في هذا الصدد لأن هذا العمل يعد من باب التقسيم والتبويب والتنظيم فحسب وإلا فأحكام الشريعة الإسلامية فى كل الأمور تعلو ولا يعلى عليها . فيجب أن يدرك كل من يتناول أى موضوع يتصل بأحكام الشريعة الإسلامية ، والقانون ، أن هذا التناول لا ينتقص من قدر الأحكام الشرعية لحساب النظم القانونية ، وإنما العكس يتحقق فى الغالب ، بمعنى أن أحكام الشريعة الإسلامية هى التى تتقدم على أحكام القانون فى أي مجال تقوم فيه أى دراسة مقارنة بينهما فيها شيء من الإنصاف أو الموضوعية بعيدا عن الهوى ، لأن الشريعة من الخالق فهى كاملة ومستقرة ، والقانون من المخلوق وقد يعتريه النقص وعدم الثبات فى الغالب . ولذا لزم التنويه .

١٤٦ — الفرع الثانى — قانون العمل :

يعرف قانون العمل (Droit du travail) بأنه مجموعة القواعد الملزمة التى تنظم العلاقات الناشئة عن قيام شخص بالعمل لحساب آخر وتحت إدارته وإشرافه فى مقابل أجر . أو هو مجموعة القواعد التى تنظم العلاقات القانونية للعمال[2] .

وقد أدى إلى ظهور هذا الفرع الجديد ظهور الإنتاج الكبير فى دائرة الصناعة ، الأمر الذى زاد فى قوة صاحب العمل وضعف العامل

---

(١) د. عبد الناصر العطار فقرة ٤١

(٢) د. عبد المنعم البدراوى فقرة ٥٣ ص ٨٦ وما بعدها ، و د. عبد الناصر العطار فقرة ٤٥ ص ١١٤

من ناحية أخرى ونجم عن ذلك اختلال التوازن فى القوى الاقتصادية بين طرف العقد . ولذلك تدخل المشرع الوضعى فى معظم البلاد — ومنها مصر — لتنظيم علاقات العمال بأرباب العمل ، وهو تدخل يتسم دائما بالانتصاف للعامل .

وقانون العمل ينظم عادة أحكام توظيف وتخديم العاطلين ، والتأهيل المهنى وعقد العمل الفردى والمشترك ، وتنظيم العمل ، ونقابات العمال ، والتوفيق والتحكيم فى منازعات العمل ، وتفتيش العمل ، والعقوبات الواجبة التطبيق عند مخالفة أحكامه ، ويتصل بقانون العمل قانون التأمينات الاجتماعية رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩ وهو يعد من أهم القوانين المتصلة بقانون العمل لأنه يقضى بإنشاء مؤسسة للتأمينات الاجتماعية ، ويبين تنظيمها الإدارى ، ثم يفصل القواعد المنظمة لتأمين إصابات العمل ، وتأمين الشيخوخة ، وتأمين العجز والوفاة[١] .

والمشرع المصرى لم يكتف بالمواد الواردة فى المجموعة المدنية لتنظيم عقد العمل (فى المواد من ٦٧٤ إلى ٦٩٨) بل أصدر عدة تشريعات بدايتها القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٠٩ لحماية الأطفال العاملين بمحالج القطن إلى أن صدر القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ م والذى جمع معظم القواعد المنظمة لعلاقات العمل وألغى القوانين السابقة ، ثم ألغى هذا القانون الأخير بالقانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ ، وهو قانون العمل المعمول به حاليا إعتبارا من ١٤ أغسطس سنة ١٩٨١ هذا ويتضمن قانون العمل الجديد ١٧٥ مادة[٢] .

---

(١) راجع : د. عبد الناصر العطار فى شرح احكام عقد العمل ط ١٩٨٤ فقرة ٦ ص ٩ وما بعدها .

(٢) نشر هذا القانون بالجريدة الرسمية بالعدد ٣٣ تابع ، وذلك فى ١٣ اغسطس سنة ١٩٨١ ، وقد تم العمل به اعتبارا من اليوم التالى لنشره (م ٧ منه) اى اعتبارا من ١٤ اغسطس سنة ١٩٨١

١٤٧ — الفرع الثالث — القانون الصناعى :

ويعرف القـانون الصـناعى (Droit industriel) بأنه مجمـوعة القواعد الملزمة التى تنظم سلوك الأشخاص المتعلق بالصناعة .

وهذه القواعد المنظمة لسلوك الأشخاص المتعلق بالصناعة لا توجد فى تقنين واحد ، وإنما هى متفرقة فى عدة تشريعات منها قانون الصناعة[١] وقانون براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ والمعدل بالقانون رقم ٦٥٠ لسنة ١٩٥٥[٢] ، وقوانين الإنتاج ، وقانون المحال التجارية ... الخ .

١٤٨ — الفرع الرابع — القانون الزراعى[٣] :

يعـرف القـانون الزراعى (Droit rural) بأنه مجمـوعة القواعد الملزمة التى تنظم سلوك الأشخاص فيما يتعلق بالأرض الزراعية وما فى حكمها .

والقواعد المنظمة لسلوك الأشخاص فيما يتعلق بالأراضى الزراعية أو ما فى حكمهـا لا توجد فى تقنين واحد ، وإنمـا هى متفرقة فى عدة

---

(١) لقد صدر القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ وهو أول قانون صدر لحماية ما يسمى بالملكية الصناعية ، وقد عدل هذا القانون بالقـوانين رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ ، ورقم ٣٥١ و ٤٥٣ لسنة ١٩٥٣ ، ورقم ٥٦٩ لسنة ١٩٥٤ ، ورقم ٢٠٥ لسنة ١٩٥٦ ، ورقم ٦٩ لسنة ١٩٥٩ . انظر فى ذلك عميد أساتذة القانون فى مصر والعالم العربى الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهورى فى الوسيط جـ ٨ طبعة ١٩٦٧ فقرة ٢٨٦ ص ٤٦٥ وهامش ٢

(٢) وقد صدرت اللائحة التنفيذية لهذا القانون بالقرار الوزارى رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٥١ وقد عدل هذا القرار بالقـرارات رقم ٢٧١ لسـنة ١٩٥٣ ، ورقم ٣٩٠ لسنة ١٩٥٥ ، ورقم ٤٩ لسنة ١٩٥٨ ، ورقم ١٣٣ لسنة ١٩٦٠ ، انظر : د. السنهورى فى المصدر السابق فقرة ٢٧٠ ص ٤٥٠

(٣) د. عبد المنعم البدراوى ص ٨٨ ، و د. عبد الناصر العطار فقرة ٤٤

تشريعات ، وعماد هذه التشريعات وأهمها هو قانون الإصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ والقوانين المعدلة أو المكملة له كالقانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ بجعل الحد الأقصى للملكية الزراعية للفرد الواحد مائة فدان ، والقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٥٩ يجعل الحد الأقصى لملكية الفرد خمسين فدانا ، ولملكية الأسرة مائة فدان ، ومن التشريعات الزراعية أيضا قانون الزراعة رقم ٥٣ لسنة ١٩٦٦ والمتضمن تنظيم الخطوط العامة للإنتاج الزراعى والتعاونى ، والقانون رقم ٥١ لسنة ١٩٦٩ بشأن الجمعيات التعاونية الزراعية .

١٤٩ — الفرع الخامس — قانون التأمين [1] :

يعرف قانون التأمين Droit de l'assurance بأنه مجموعة القواعد الملزمة التى تنظم العلاقة بين المؤمن والمؤمن له أو المستفيد فى حالة وقوع الأمر المؤمن منه أو بحسب الاتفاق فى نظير مقابل مالى (أى فى نظير قسط أو أية دفعة مالية يؤديها المؤمن له للمؤمن) .

وقانون التأمين لم يكتف المشرع المصرى فى صدده بالمواد الواردة فى المجموعة المدنية لتنظيمه (فى المواد من ٧٤٧ إلى ٧٧١ مدنى) نظرا لاتساع نشاط شركات التأمين وإدراكه لأثرها فى المجال الاقتصادى والإجتماعى ، بل رأى ضرورة التدخل بتشريع يحمى به المؤمن لهم من الشروط التعسفية التى قد تضعها شركات التأمين ويراقب به فى ذات الوقت مدى وفاء الشركات بتعهداتها ، فأصدر فى هذا الشأن القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٣٩ بشأن الإشراف والرقابة على هيئات التأمين ، وهيئات إعادة التأمين ، ثم ألغى هذا القانون وأصدر القانون رقم ١٥٦ لسنة ١٩٥٠ يخضع به جميع هيئات التأمين لأحكامه بما فيها هيئات التأمين البحرى ، وهيئات إعادة التأمين ، ثم أصدر القانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٥٧ بقصد

---

(١) د . عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون ط ١٩٦٩/١٩٧٠ ص ٨٨ .

تمصير شركات التأمين . ثم ألغى القانون رقم ١٥٦ لسنة ١٩٥٠ ، وأصدر القانون رقم ٩١٥ لسنة ١٩٥٩ شاملا لكل ما يتعلق بالإشراف والرقابة على هيئات التأمين .

وقد أصدر المشرع المصرى بعد ذلك القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ بتأميم جميع شركات التأمين ، ثم أنشأ (المؤسسة المصرية العامة للتأمين)[1] ، وهى تضم جميع شركات التأمين وتنسق العمل بينها .

هذا وللتأمين الاجتماعى عدة تشريعات أهمها القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ ، والقانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ الخاص بالتأمين الإجبارى عن حوادث السيارات .

المبحث الثانى

القواعد الآمرة والقواعد المكملة

١٥٠ ــ التعريف بالقواعد الآمرة والقواعد المكملة[2] واساس هذا التقسيم:

القواعد الآمرة (أو الناهية) règle impératives ou règles prohibitives هى تلك القواعد التى يلتزم الأفراد باحترامها بحيث لا يجوز لهم الخروج عليها باتفاقاتهم الخاصة .

---

(١) وقد صدر فى هذا الصدد قرار رئيس الجمهورية رقم ٩٧٠ لسنة ١٩٦٢ الذى يقضى باعتبار (المؤسسة المصرية العامة للتأمين) مؤسسة عامة ذات طابع اقتصادى . وصدر القانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٦٢ يقضى بتخويل مجالس إدارة المؤسسات العامة ذات الطابع الاقتصادى ، بالنسبة إلى الشركات التى تتبعها ، سلطات الجمعية العمومية ... الخ . انظر فى تفصيل ذلك الوسيط للسنهورى جـ ٧ فقرة ٥٥١ ص ١١١٠ وما بعدها .

(٢) راجع : د. عبد المنعم البدراوى فقرة ٥٤ وما بعدها ، و د. عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٦٨ وما بعدها ، و د. حسن كيرة فقرة ١٦ وما بعدها ، =

والقـواعد المـكملة règles supplétives (أو المقررة أو المفسرة أو المخيرة) هى تلك القواعد التى لا يلزم الأفراد باحترامها ، ويجوز لهم الخروج عليها باتفاقهم الخاص . ولكنها تكون ملزمة لهم ويجب على القاضى تطبيقها عليهم إذا لم يتفقوا على خلافها[١] .

وأساس هذا التقسيم[٢] أن القواعد القانونية يمكن تقسيمها من

=

و د. مختار القاضى ص ١٠٨ وما بعدها ، و د. محمود جمال الدين زكى فى دروس فى مقدمة الدراسة القانونية ط ١٩٦٤ ص ١٧٠ وما بعدها ، و د. منصور مصطفى منصور فى دروس فى المدخل لدراسة العلوم القانونية ط ١٩٧٢ ص ٧٨ وما بعدها ، و د. احمد سلامة فى المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧٨ ص ٨٧ وما بعدها ، و د. عبد الودود يحيى فى دروس فى مبادىء القانون ط ١٩٧٨ ص ٤١ وما بعدها ، و د. أحمد سلامة و د. حمـدى عبد الرحمن ص ٨٧ وما بعدها ، و د. عبد الناصر العطار فقرة ٥٣ وما بعدها ، و د. نعمان جمعة فى دروس فى المدخل للعلوم القانونية ط ١٩٧٧ ص ٥٩ وما بعدها .

(١) يرى بعض الفقهاء أن القواعد المقررة أو المفسرة ملزمة ابتـداء وانتهاء ، لأن القاعدة القانونية سواء أكانت آمرة أم مكملة لابد لتطبيقها من توافر شروط معينة ، ومن بين هذه الشروط ، شروط يجب توافرها فى القاعدة المكملة منها الا يتفق المتعاقدان على عكسها . وهذا منطق قد يستساغ فى هذا المعنى د. مختار القاضى ص ١٠٨ هامش ١

ــ القواعد الآمرة :	règles impératives
ــ القواعد الناهية :	règles prohibitives
ــ القواعد المقررة :	règles déclaratives
ــ القواعد المفسرة :	règles interprétatives
ــ القواعد المكملة :	règles supplétives

(٢) توجد تقسيمات أخرى يراها بعض الفقهاء أهمها : التقسيم الذى يفرق بين القواعد الجامدة التى تقتصر وظيفة القاضى على تحقيق شروطها وتطبيقها ، كقاعدة تحريم التعامل فى التركة المستقبلة ، وقواعد مرنة يعطى القاضى فيها سلطة تقدير الشروط بالإحالة إلى معايير معينة كمعيار الخطأ والعناية ، فإن القاضى يعطى سلطة تقديرية لتحديد الخطأ والعناية المطلوبين. انظر رسالة د. السنهورى فى « القيود التعاقدية على الحرية الفردية فى العمل

=

حيث قوتها الملزمة للأفراد إلى قواعد آمرة (أو ناهية) وأخرى مكملة (أو مقررة أو مفسرة) ، وترجع هذه التفرقة إلى وجوب وجود نطاق معين يتسم فيه التنظيم القانوني بدرجة من الإلزام لا يستطيع الأفراد أمامه سوى الاستجابة لأوامر القانون واجتناب نواهيه وذلك تحقيقا لمصلحة معينة يقدرها المشرع الوضعي ، وفي خارج هذا النطاق يترك القانون للأفراد قدرا من الحرية — في مواجهة ما يضعه من قواعد — لكي ينظموا أنشطتهم على الوجه الذي يرونه محققا لمصالحهم وللتوازن في علاقاتهم .

والحالة التي يفرض فيها القانون أوامره ونواهيه تسمى القاعدة القانونية بأنها قاعدة آمرة ، أي لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها كقواعد القانون العام لأنها جميعا من القواعد الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها .

أما الحالة التي يترك فيها القانون قدرا من الحرية للأفراد تسمى قاعدتها القانونية بأنها قاعدة مكملة أو مقررة أو مفسرة ، أي يجوز للأفراد

=
في القضاء الإنجليزي » وهي رسالة باللغة الفرنسية مشار إليها في كتاب د. مختار القاضي — أصول القانون ١٩٦٧ — ص ١٠٩ هامش ١

وتقسيم آخر للقواعد القانونية إلى قواعد أصلية آمرة أو ناهية كقواعد تحريم القتل والسرقة ، وقواعد تبعية تنظم إجراءات تطبيق القواعد الأولى ، كقواعد الاختصاص وإجراءات التقاضي . وليس لهذا التقسيم أهمية تذكر بالنسبة لقوة القواعد القانونية ، وإن أشد الناس تعصبا ضد القواعد القانونية — وهو أوستن — لم يمانع في اعتبارها قواعد قانونية تحمل معنى الأمر . وهناك تقسيمات أخرى يرجع إليها في المدخل للعلوم القانونية ط ١٩٦١ للدكتور سليمان مرقس ص ٦٣ وما بعدها ، ود. مختار القاضي في المرجع السابق ص ١٠٩ هامش ١ ، وقد أشار في هذا الهامش أيضا إلى العديد من التقسيمات وأشار إلى بعض المصادر التي تتناول القاعدة القانونية بالتقسيم وفق اعتبارات مختلفة .

الاتفاق على ما يخالفها كقواعد القانون الخاص ، لأن الأصل فيها ـ كما ذكرنا من قبل ـ أنها متروكة للإرادة ، فحرية الإرادة هى الغالبة فى تنظيم قواعد هذا القانون ولهذا كانت معظم قواعده مكملة لإرادة الطرفين ، فلا تنطبق إلا حيث لا يستعمل ذوو الشأن الرخصة التى يخولها لهم القانون فى تنظيم علاقاتهم وفقا لما يرتضون .

غير أنه قد يحدث فى هذه الدائرة المتروكة للنشاط الحر للأفراد أن يقتصر المتعاقدان على الاتفاق على المسائل الجوهرية فى التعاقد ، تاركين تنظيم سائر المسائل التفصيلية . ففى عقد البيع مثلا قد يتفقان على المبيع والثمن ، ولكنهما قد لا يتفقان على موعد دفع الثمن ومكانه ، ولا على موعد تسليم المبيع ومكانه ولا على ما يترتب للمشترى من العقد من ضمانات قبل البائع . ولذلك عنى المشرع الوضعى فى التقنينات الحديثة بالنص على تنظيم قانونى لهذه المسائل وأمثالها تنظيما يجب إعماله وتطبيقه إذا لم يتعرض لها ذوو الشأن بالتنظيم . أى أن هذا التنظيم الذى وضعه المشرع الوضعى لا يصبح ملزما إلا تحت شرط ، هو عدم اتفاق الطرفين على تنظيم آخر خاص .

فالمشرع الوضعى لم يقتنع فى دائرة القانون الخاص بالنص على مبدأ سلطان الإرادة ، تاركا تنظيم العلاقات الخاصة لحرية الأفراد واتفاقاتهم ، بل عنى أيضا بتنظيم أهم هذه العلاقات وأكثرها شيوعا فى العمل كالعقود المسماة (كعقد البيع ، والشركة ، والقرض ، والهبة ، والعمل ، والإيجار ، والعارية ، والصلح ، والوكالة ، والوديعة ، والكفالة ، والتأمين ، وغيرها) وهو تنظيم نموذجى لهذه العقود ، يعد بمثابة المرشد للأفراد ، وقد استهدى المشرع الوضعى فى وضع هذه القواعد المكملة أو المقررة أو المفسرة لإرادة الأفراد ، بالإرادة المفترضة للطرفين عند التعاقد ، وبالعادات الجارية فى المعاملات ، بمعنى أنه ينظم العلاقة القانونية

على الوجه الذى كان يختاره الطرفان لو أنهما أعلنا صراحة عن إرادتهما فى اتفاق خاص •

أما القواعد الآمرة فقد فرضها المشرع الوضعى على إرادة الأفراد فرضا ، فى تلك المسائل التى قدر أنها وثيقة الصلة بالمجتمع والأسس التى يقوم عليها تنظيمه وهى مسائل لا يجوز أن تترك لإرادة الأفراد الحرة كالقواعد التى تحرم ارتكاب الجرائم ، وغيرها من القواعد المتعلقة بالنظام العـام •

١٥١ — معيار التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة :

إن التفرقة بين القواعد القانونية الآمرة أو الناهيـة ، والقواعد القانونية المكملة أو المقررة أو المفسرة هى تفرقة جوهرية وأسـاسية • ولذلك ينبغى التمييز بينها ، وقد ثار التساؤل عن معيار هذه التفرقة • أو بمعنى آخر كيف نميز بين النوعين •

هناك طريقتان أو معياران يستعان بهما لإجراء هذه التفرقة : همـا المعيار الشكلى أو المـادى أو اللفظى الذى يستند إلى عبارة النص ذاته • والمعيار الموضوعى أو المعنوى وهذا المعيار الأخير يقوم على تعرف طبيعة التنظيم الذى أتت به القاعدة القانونية وموضوعه ، وهل هو تنظيم يخرج عن الدائرة التى تركها المشرع الوضعى لحرية الإرادة أو هو داخل فيها •

وسنتكلم فى كل من هذين المعيارين بشىء من التفصيل فيما يلى :

اولا : المعيار الشكلى أو اللفظى : ويقوم على أساس الرجوع إلى العبارات والنصوص القانونية للكشف عن صفة القاعدة القانونية ، أى عن كونها آمرة أم مكملة •

وقد ينص المشرع الوضعى على عدم جواز الخروج على القـاعدة

القانونية صراحة أو على بطلان ما يخالفها من اتفاق ، وعندئذ تكون القاعدة آمرة • أو بنص المشرع الوضعى على جواز الخروج على هذه القاعدة بالاتفاق فتكون القاعدة حينئذ مكملة أو مقررة • وقد لا ينص على ذلك فى عبارته ، ومع ذلك يمكن استخلاص صفة القاعدة الواردة فى النص من العبارات التى يستعملها هذا النص •

ومن الأمثلة على ذلك ما يلى :

(أ) أمثلة لحالة النص صراحة من المشرع الوضعى على عدم جواز الخروج على القاعدة القانونية أو على بطلان ما يخالفها من اتفاق (القاعدة الآمرة) •

١ ــ تنص المادة ٢٢٧ من التقنين المدنى فى فقرتها الأولى على أنه : (يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد سواء أكان ذلك فى مقابل تأخير الوفاء أم فى أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد ، على ألا يزيد هذا السعر على سبعة فى المائة ؛ فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر ، وجب تخفيضها إلى سبعة فى المائة وتعين رد ما دفع زائدا على هذا القدر) • فهذه قاعدة آمرة من حيث تحديد السعر الأقصى للفائدة • وهو فى نظرنا يعد نصا غير دستورى لمخالفته للقانون الأعلى وهو الشريعة الإسلامية لأنها تحرم ذلك ، وهى المصدر الرئيسى للتشريع كما جاء فى الدستور • إذن يجب الطعن فى هذا النص بعدم الدستورية تمهيدا لتطهير أنظمتنا من النصوص الدخيلة المخالفة للشريعة الإسلامية •

٢ ــ ومن أمثلة القاعدة الآمرة أيضا نص المادة ٤٧١ مدنى التى قررت أنه (لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ، ولا للمحامين ،

ولا لكتبة المحاكم ، ولا للمحضرين أن يشتروا لا بأسمائهم ، ولا بأسماء مستعارة ، الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر فى النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها وإلا كان البيع باطلا) .

٣ - ومن ذلك أيضا ما نصت عليه المادة ١٣١ مدنى فى فقرتها الثانية التى قررت (أن التعامل فى تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه ...) .

٤ - وما قضت به المادة ٦٠٩ مدنى من أنه (يجوز للموظف أو المستخدم إذا اقتضى عمله أنه يغير محل إقامته ، أن يطلب إنهاء إيجار مسكنه إذا كان هذا الإيجار معين المدة ... ويقع باطلا كل اتفاق على غير ذلك) .

فكل النصوص السابقة قاطعة فى التحريم وفى بطلان الاتفاقات المخالفة للحكم الوارد فيها .

(ب) أمثلة لحالة النص صراحة من المشرع الوضعى على جواز الخروج على القاعدة القانونية بالاتفاق (القاعدة المكملة أو المقررة) [1] .

١ - ما نصت عليه المادة ٥٨٦ مدنى فى فقرتها الثانية من أنه « يكون الوفاء (أى بالأجرة) فى موطن المستأجر ما لم يكن هناك اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » .

٢ - ونص المادة ٤٣٦ مدنى : « إذا وجب تصدير المبيع للمشترى ، فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » .

---

(١) ويطلق عليها أيضا اصطلاح القاعدة المفسرة أو المخيرة أو المتممة .

٤ ــ وكذلك أيضا ما ذهبت إليه المـادة ٢٥٨ مدنى والتى تنص على أنه : « يجوز للمدين أن يتصرف فى ماله ، ولو بغير رضاء الدائنين ، على أن يكون ذلك بثمن المثل ، وأن يقوم المشترى بإيداع الثمن خزانة المحكمة حتى يوزع وفقـا لإجراءات التوزيع » •

فكل هذه النصوص تفيد جواز الاتفاق على ما يخالفها •

(جـ) أمثلة للحالة التى لا تكون عبارة النص فيهـا صريحة كالنصوص السابقة وإن كان يمكن مع ذلك استخلاص صفة القاعدة الواردة فى النص (آمرة أم مكملة) من ذات العبارات التى يستعملها هذا النص •

كما إذا استعمل النص عبارة تدل على التحريم كقوله (لا ينعقد أو لا يجوز) ونحو ذلك كما هو الشأن فى الفقرة الأولى من نص المـادة ١٠٣١ مدنى والتى تقرر أنه « لا ينعقد الرهن إلا إذا كان بورقة رسمية » •

ولكن المشرع قد لا يفصح عن إرادته بهذه الصراحة فى كافة النصوص القانونية • فقد تأتى بعض النصوص فى صياغة خالية مما يفيد كونها قاعدة آمرة أو مكملة • وفى مثل هذه الأحوال تبقى مشكلة معيار التفرقة قائمة • إلا أن الفقه والقضاء يتجه فى مثل هذه الحالات إلى المعيار المعنوى الذى يقوم على البحث فى معنى القاعدة القانونية •

ثانيا : المعيار المعنوى : ويقوم على البحث فى معنى القاعدة القانونية بقصد الوصول إلى معرفة مدى أساسية وأهمية المصالح التى قررت القاعدة لحمايتها • فإذا أفاد معنى النص ارتباط حكمه بمصلحة من المصـالح

الحيوية والأساسية للمجتمع ، أمكن القول بأننا بصدد قاعدة آمرة (أو ناهية) لا يجوز للأفراد الخروج عليها أو الاتفاق على ما يخالفها . وعلى العكس إذا استبان لنا أن النص يتعلق فقط بمصالح خاصة للأفراد ، ولا يمس أى مصلحة حيوية للمجتمع . أمكننا أن نقرر أن القاعدة التى نحن بصددها قاعدة مكملة أو مقررة ، أى يجوز للأفراد الخروج عليها بالاتفاق على ما يخالفها .

وقد استقر الفقه القانونى على وضع هذا المعيار السابق فى صياغة تعد أكثر تحديدا ، فاعتبر القاعدة الآمرة هى تلك التى تتصل بالنظام العام والآداب[1] .

بيد أن الصعوبة لا زالت قائمة حتى بعد صياغة المعيار على النحو السابق لأنه ينبغى علينا أن نعرف ونحدد معنى النظام العام والآداب ليمكننا أن نقف على مضمون هذه الصياغة .

١٥٢ — النظام العام والآداب :

النظام العام (L'ordre public) اصطلاح لجأ فقه القانون إلى استعماله للتعبير به عن المصالح الأساسية والحيوية للمجتمع ، سواء أكانت هذه المصالح سياسية أم اقتصادية أم اجتماعية ... الخ ، فهذه المصالح تشكل النظام العام .

لذا حاول الفقه القانونى أن يقدم تعريفا تقريبيا لهذا الاصطلاح (النظام العام) فعرفه بأنه مجموعة القواعد والأنظمة الأساسية اللازمة

---

(١) راجع : د. عبد المنعم البدراوى فقرة ٥٥ وما بعدها ، و د. عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٧١ وما بعدها ، و د. مختار القاضى ص ١٠٩ وما بعدها ، و د. حسن كيرة فقرة ١٨ ، و د. عبد الناصر العطار فقرة ٥٤ وما بعدها ، و د. احمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن فقرة ٣٧

لسلامة التنظيم الاجتماعى • والتى لا يستطيع الأفراد استبعادها أو تغييرها لأنها وضعت لاعتبارات تتجاوز اعتبارات المصالح الفردية والخاصة • أو هى مجموعة القواعد الآمرة أو الناهية التى لا يسمح للأفراد بالخروج عليها [١] •

أما الآداب العامة (les bonnes moeurs) فقد اعتبرها فقه القانون إحدى مظاهر النظام العام التى تغطى مجموعة المبادىء الأساسية اللازمة لصيانة الأخلاق فى المجتمع • فالآداب العامة جزء من الأخلاق يمثل المصالح الخلقية الأساسية فى المجتمع • وقواعد الآداب هذه تكونت نتيجة للمعتقدات الموروثة ، والقيم الدينية ، وما جرى عليه العرف وتواضع عنيه الناس •

ويظهر لنا مما سلف أن ما قدمه الفقه القانونى من إيضاح لفكرتى النظام العام والآداب فكرة نسبية مرنة أى صعبة التحديد •

وفكرة النظام العام والآداب ما هى إلا محاولة لوضع القاضى على الطريق السليم للتعرف على كنه القاعدة القانونية ، فعليه أن يستظهر ما إذا كانت القاعدة تمس مصلحة للجماعة أم مصلحة للأفراد ، فإذا كانت تمس مصلحة للأفراد كانت — فى الغالب — بعيدة عن النظام العام ، وإذا كانت تمس مصلحة الجماعة اقتربت من دائرة النظام العام ، وقد تدخل فيه إذا كانت هذه المصلحة أساسية فى المجتمع ، وقد لا تدخل فيه إذا لم تكن أساسية •

وفى غالب الأمر تمس القاعدة القانونية مصلحة مزدوجة أى للجماعة وللفرد فى ذات الوقت ، وتكون العبرة هنا بالقدر الغالب ، فإن كانت

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى فقرة ٥٩ ، و د. احمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن ص ٩١ ، و د. عبد الناصر العطار فقرة ٥٦

القاعدة تتصل بمصلحة الجماعة أكثر من اتصالها بمصلحة الفرد وكانت هذه المصلحة أساسية فى المجتمع كانت القاعدة من النظام العام أى قاعدة آمرة (أو ناهية) • ولا ينبغى للقاضى أن يقدر المصلحة وفق هواه أو رأيه الشخصى ، بل يجب عليه أن ينظر إلى الاتجاه السائد فى المجتمع والنظام القانونى الذى يحكمه سواء اتفق مع رأيه الشخصى أم اختلف عنه ، فالاتفاق بين غير المسلم والمسلمة على الزواج يعتبر مخالفا للنظام العام لأن أحكام الشريعة الإسلامية تحرم ذلك ، وهى القانون الواجب التطبيق فى هذا الشأن فلا يجوز إذن إمضاء هذا الاتفاق على الإطلاق بغض النظر عن الرأى الشخصى للفقيه القانونى أو القاضى فى هذا الاتفاق• وإباحة الزواج ببنت العم للزوج المسلم أو الزوج القبطى الأرثوذكسى من النظام العام فى مصر ، بينما تحريم هذا الزواج على المسيحى التابع لطائفة كاثوليكية من النظام العام كذلك • وتحريم الزواج بسبب القرابة من الرضاع بالنسبة للمسلمين والسريان والأرثوذكسى من النظام فى مصر ، بينما إباحة هذا الزواج بالنسبة لطوائف المسيحيين الأخرى من النظام العام • والرق كان قديما مباحا فى وقت من الأوقات ، أما اليوم فمنعه يعتبر من النظام العام ، وحق المسلم فى الجمع بين أكثر من زوجة إلى أربعة جائز ويعتبر من النظام العام تطبيقا لحكم الشريعة الإسلامية فى ذلك ، ويحرم فى ذات الوقت جمع المسيحى بين أكثر من زوجة بمقتضى النظام العام أيضا • كما أن تحريم كل اتفاق يقصد به إيجاد علاقة جنسية غير مشروعة أو استمرارها من النظام العام[1] لأن الآداب العامة ــ وهى فرع من النظام العام ــ تقتضى هذا التحريم ، بل انها تحرم أيضا الهبة التى يهبها الشخص لعشيقته بقصد استمرار العلاقة غير المشروعة بينهما •

---

(١) وتحديد ما إذا كانت القاعدة تتعلق بالنظام العام والآداب او تتعلق بهما من مسائل القانون التى يخضع فيها القاضى لرقابة محكمة النقض . وبهذا تتوحد فكرتى النظام العام والآداب العامة فى البلد الواحد .

ومن تطبيقات فكرة حسن الآداب إبطال الاتفاقات المتعلقة ببيوت الدعارة كبيعها أو إيجارها ، والاتفاقات الخاصة بالمقامرة أو الرهان [1] .

هذا ويحاول الفقه القانوني أن يزيد فكرة النظام العام إيضاحا وذلك بالكشف عن مدى تغلغلها في كل من فرعي القانون الأساسيين وهما القانون العام ، والقانون الخاص .

فقواعد القانون العام تدخل كلها في دائرة النظام العام ، ومرجع ذلك إلى أنها تنظم العلاقات التي تكون الدولة طرفا فيها باعتبارها صاحبة السلطان والسيادة في المجتمع . فكل ما يتعلق بتنظيم السلطات العامة في الدولة ، وكل ما يتعلق بحريات الأفراد ، وبنظم العمل في الدولة ، وبقواعد القانون الجنائي .... الخ . يعتبر متعلقا بالنظام العام . وبالتالي لا يجوز الاتفاق على ما يخالف القواعد الخاصة به .

أما قواعد القانون الخاص فيمكننا أن نقول بصفة عامة أن فكرة النظام العام تسيطر على ما ينظمه القانون المدني وفروعه من مسائل الأحوال الشخصية خاصة قواعد الأهلية ، والقواعد المتعلقة بالأسرة ، ولكن في نطاق المعاملات والعلاقات المالية نجد أن فكرة النظام العام تكون أقل تغلغلا في ذلك ، فعقد البيع مثلا في الكثير من أحكامه لا يخضع للقواعد الآمرة أي المتعلقة بالنظام العام .

ومما تجدر ملاحظته أن فكرة النظام العام يتسع مجالها في إطار المعاملات والعلاقات المالية في القانون المدني وفروعه في ظل الأنظمة

---

(١) تنص المادة ٧٣٩ مدني على انه « ١ — يكون باطلا كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان . ٢ — ولمن خسر في مقامرة او رهان ان يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذي ادى فيه ما خسره ولو كان هناك اتفاق يقضي بغير ذلك وله أن يثبت ما اداه بجميع الطرق » .

الجماعية (الأنظمة الاشتراكية) • فالدولة الاشتراكية تتدخل باستمرار بإصدار قوانين آمرة لتأكيد وحماية ما يسمى بالطبقات الكادحة ــ فى نظرها ــ وتعطينا قواعد القانون الزراعى ، وكذا قانون العمل أمثلة كثيرة على ازدياد أهمية النظام العام فى فروع القانون الخاص •

أما فى الدول التى تأخذ بالنظام الفردى (الأنظمة الرأسمالية) فإن نطاق النظام العام يضيق فى إطار المعاملات والعلاقات المالية فى القانون المدنى وفروعه ، لأن الأنظمة التى تأخذ بالمذهب الفردى تغلب مصلحة الأفراد على مصلحة الجماعة ، لأن الجماعة موجودة لخدمة الفرد ؛ ففى تحقيق المصالح الخاصة للأفراد أكبر ضمان لتحقيق المصلحة العامة للجماعة وبالتالى تضيق فى هذا النظام دائرة المصالح الأساسية فى المجتمع حتى تكاد تكون قاصرة على ما يتعلق بالأمن ، والعدالة والدفاع •

ومن هذا يبدو لنا مدى تأثر القواعد القانونية بالمذهب الذى تعتمده الدولة فى سياستها الاقتصادية والاجتماعية سواء أكان هــذا المذهب اشتراكيا أم رأسماليا أم إسلاميا • وبناء على ذلك يضيق ويتسع مجال النظام العام وفق هذا المنهج أو ذاك •

الفصل الرابع

تطبيق القانون

١٥٣ — تمهيد وتقسيم :

من المعروف أنه حينما يتوافر للقاعدة القانونية عناصر الوجود والنفاذ تصبح سارية المفعول بالنسبة للأشخاص المخاطبين بها . والوضع المثالى لأى مجتمع هو أن ينصاع أفراده لحكم القانون من تلقاء أنفسهم ، وبدون افتعال أى عراقيل أو معوقات ، وحين تعترضهم صعوبة فى التطبيق يستعينون بأحد فقهاء القانون أو بأحد المحامين ، يستطلعونه الرأى فيما اعتراهم ، فيقدم لهم ما يراه مناسبا لمضمون حكم القانون ، وقد يستعينون بوسيط أو بحكم يرتضون ما يفرضه عليهم من حل . وهذا هو الوضع النموذجى الذى ينبغى أن يكون عليه الأفراد فى المجتمع المثالى .

ولكن الأمور لا تسير فى الغالب على هذا النحو فى الحياة العملية ، فقد يثور نزاع حاد بين أطراف العلاقة القانونية لا تجدى معه نصيحة الفقيه أو رأى المحامى ، ولا يرتضى فيه الأطراف حكم وسيط . لذلك أنشئت المحاكم القضائية لكى تفصل فى مثل هذه المنازعات معبرة عن التطبيق السليم للقانون على العلاقة موضوع النزاع[1] .

ومن أهم ما يعترض تطبيق القاعدة القانونية بخلاف التفسير لها والتحديد لمضمونها كما سبق أن بينا ، هو مدى انطباق القاعدة القانونية من حيث الزمان والمكان .

---

(١) د. احمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن فى الوجيز فى المدخل إلى القانون ط ١٩٧٠ ص ٩٣

لذلك سنعرض لهذا الفصل فى مبحثين :

المبحث الأول : فى الجهاز القضائى بوصفه الأداة الرئيسية لتطبيق القانون [١] .

المبحث الثانى : فى نطاق تطبيق القاعدة القانونية من حيث الزمان والمكان .

المبحث الأول

الجهـاز القضائى

١٥٤ — جهات القضاء فى مصر :

لقد عرفت مصر نظام تعدد الجهات القضائية نظرا للظروف التاريخية التى مرت بهـا ، ولوجود بعض التقاليد المعينة التى حالت دون توحيد جهات القضاء فيهـا . فالظروف التاريخيـة التى ولدت الامتيـازات الأجنبيه [٢] فى مصر فى ظل التبعية لدولة الخلافة العثمانية . جعلت لرعايا الدول الأجنبية صاحبة الامتياز الحق فى التقاضى طبقا لقوانين بلادهم ، ولا تتم مقاضاتهم إلا أمام محاكمهم القنصلية ، كان هذا فى أول الأمر .

(١) يراجع : د. حسن كيرة فى المدخل إلى القانون ط ١٩٧٤ فقرة ١٦٦ وما بعدها ، و د. عبد الفتاح عبد الباقى فى نظرية القانون ط ١٩٦٦ فقرة ١٤٩ وما بعدها ، د. أحمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن فى المرجع السابق ص ٩٤ وما بعدها .

(٢) انظر فى تاريخ نظام الامتيازات الأجنبية فى مصر : د. حامد زكى فى أصول القانون الدولى الخاص ، الطبعة الثالثة ١٩٤٤ فقرة ٥٠٨ وما بعدها ، و د. محمد عبد المنعم رياض فى مبادىء القانون الدولى الخاص ، الطبعة الثانية ١٩٤٣ فقرة ٢٥٣ وما بعدها .

ثم بعد ذلك أنشئت المحاكم المختلطة[1] ، سنة ١٨٧٥ ، للنظر فى المنازعات ذات العنصر الأجنبى ، ورغم أن هذه المحاكم كانت تستند إلى السيادة الوطنية للدول وتحكم باسمها ، وتطبق قانونها ، لكن مع ذلك كان مجرد وجودها يعد انتقاصا من الاستقلال الحقيقى للدولة ، ويعكس هذا الواقع القضائى صورته على الصعيد السياسى المتمثل فى الاحتلال الأجنبى .
أما الظروف التقليدية التى ولدت الامتيازات الطائفية للطوائف الدينية غير الإسلامية ، فهى أن الشريعة الإسلامية تسمح لغير المسلمين أن يحتكموا فيما يتصل بأمور دينهم إلى من يريدون من القضاة ، وقد ترتب على هذا التسامح الدينى أن وجدت إلى جانب المحاكم العادية محاكم دينية تتولى الحكم فى مسائل الأحوال الشخصية تبعا لتعدد الأديان

(١) عندما أنشئت « المحاكم » فى مصر سنة ١٨٨٢ اطلق عليها « المحاكم الأهلية « tribinaux indigènes » ، وذلك تمييزا لها عن المحاكم المختلطة التى انشئت قبلها بسبع سنين ، ولكن لوحظ قبل معاهدة « مونترو Montreux » ببضعة سنين ، أن تسمية محاكمنا بالأهلية تتنافى مع الكرامة المصرية ، التى بدأ الشعور والوعى القومى يؤججها . لأن اللفظ الفرنسى المرادف لكلمة (أهلى) هو indigène ، ويطلق عادة على أهل المستعمرات تمييزا لهم عن الأجناس التى تسودهم . وترتب على ذلك أن قام بعض رجال القانون ، وعلى رأسهم أساتذة كلية حقوق القاهرة ، يطالبون بتغيير اسم المحاكم المصرية . بل إن أساتذة الحقوق لم يكتفوا بالمطالبة بتغيير الاسم . وإنما كفوا عن تسمية المحاكم بالأهلية وأضفوا عليها اصطلاح « المحاكم الوطنية » وأخيرا استجاب المشرع الوضعى إلى نداء القومية ، فعمد من جانبه ، فى القوانين التى يصدرها ، إلى تسمية محاكمنا بالمحاكم الوطنية ، وقد ظل الحال على ذلك حتى تم إلغاء المحاكم المختلطة فى ١٤ اكتوبر سنة ١٩٤٩ . فأصبحت تسمية محاكمنا بالمحاكم الوطنية تسمية ليست ذات موضوع بعد أن ألغيت المحاكم المختلطة ، وقد صدر قانون القضاء فى سنة ١٩٤٩ يطلق على محاكمنا لفظ « المحاكم » دون نعت أو تخصيص ، وكذلك فعل قانون السلطة القضائية الصادر فى ٢١ فبراير سنة ١٩٥٩ ، ومن بعده قانون السلطة القضائية الصادر فى ١٩ يولية سنة ١٩٦٥ ، ثم قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ .

والمذاهب والملل الطائفية • بكل ما يحمل ذلك من معنى الانقسام الطائفى بين الوطنيين أنفسهم فى شأن مسائل الأحوال الشخصية خاصة[1] •

وقد تمكن المشرع المصرى من التخلص من هذا التعدد القضائى المعيب فى الحالتين • بعد أن ألغى أولا المحاكم المختلطة فى ١٤ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، ثم أعقبها بإلغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية والطائفية المتعددة بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ والذى أحيلت بمقتضاه جميع الدعاوى التى كانت منظورة أمام هذه المحاكم إلى القضاء العادى ، دون نظر إلى اختلاف الجنسية أو اختلاف العقيدة الدينية ابتداء من أول يناير سنة ١٩٥٦

غير أن المشرع المصرى ، بإنشائه مجلس الدولة سنة ١٩٤٦ أوجد إلى جانب جهة القضاء العادى ، جهة أخرى يطلق عليها جهة القضاء الإدارى ، وهى مستقلة تتخصص فى نطاق الفصل فى المنازعات الإدارية ، فهى تستقل بهذا الشق عن القضاء العادى • ورغم ما يعنيه هذا الوضع من ازدواج فى الجهة القضائية فى الدولة ، إلا أنه ازدواج مفهوم ومبرر لابتنائه على أسس موضوعية • لأن المنازعات الإدارية تتميز عن بقية المنازعات العادية بطبيعة خاصة مستقلة تستلزم تخصيص جهة قضاء مستقلة لها بعيدا عن القضاء العادى[2] •

وبجانب ما سبق أنشأ المشرع المصرى فى أواخر سنة ١٩٦٩ « المحكمة العليا » وقد أعطاها اختصاصات متعددة ومتباينة • ثم جاء الدستور المصرى الدائم لسنة ١٩٧١ فقرر إنشاء « المحكمة الدستورية العليا » لتحل محل المحكمة العليا ، وقد صدر القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩

---

(١) د. حسن كيرة ص ٢٠٥

(٢) د. حسن كيرة فقرة ١٦٦ ، و د. عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٤٩ ، و د. احمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن ص ٩٤ و ٩٥

بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا ، وقد نص فى مادته الثانية على أن تحال جميع الدعاوى والطلبات القائمة أمام المحكمة العليا إلى المحكمة الدستورية العليا بحالتها وذلك فور تشكيلها •

من هذا يظهر لنا أن الجهاز القضائى فى مصر ينقسم إلى جهتين كبيرتين هما : جهة القضاء العادى — المدنى والجنائى — أو المحاكم بلا نعت أو تخصيص من ناحية ، وجهة القضاء الإدارى (أو مجلس الدولة) من ناحية أخرى •

ويقوم توزيع الاختصاص بين الجهتين على أساس قاعدة أولية مضمونها ، أن جهة القضاء العادى هى صاحبة الاختصاص العام ، وأن جهة القضاء الإدارى هى جهة القضاء المحدد بالنص [١] •

وسنعرض لهاتين الجهتين ، ولقانون المحكمة الدستورية العليا من حيث تشكيلها وتحديد اختصاصاتها وذلك فى المطالب الآتية :

المطلب الأول : فى محاكم القضاء العادى •

المطلب الثانى : فى محاكم القضاء الإدارى •

المطلب الثالث : فى المحكمة الدستورية العليا •

---

(١) حدد القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ فى شأن تنظيم مجلس الدولة المسائل التى يتناولها القضاء الإدارى وذلك فى المادة ٨ إلى ١٢ منه •

المطلب الأول

محاكم القضاء العادى

١٥٥ — طبقات وتشكيل واختصاص هذه المحاكم :

يتكون القضاء العادى من عدة محاكم • وتثبت لهذه المحاكم ولاية الحكم فى كل المسائل ، إلا ما يستثنى منها بنص خاص •

والقاعدة المتبعة فى معظم بلاد العالم المتقدمة حضاريا وعلميا أن القضاء العادى يشمل نوعا واحدا من المحاكم ، يتولى الحكم فى جميع المنازعات العادية ، ومن بينها المنازعات المتعلقة بالأسرة أو بما يسمى بالأحوال الشخصية • وقد ظل الحال مختلفا فى مصر أمدا طويلا من الزمن حيث كانت ولاية المحاكم فى مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالمصريين ثابتة لمحاكم خاصة ، هى محاكم الأحوال الشخصية ، وهى محاكم تختلف باختلاف الدين الذى ينتمى إليه المتقاضون •

فالمحاكم الشرعية كانت تتولى الحكم فى مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالمسلمين ، والمحاكم الملية العديدة كانت تتولى الحكم فى مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بغير المسلمين — كما أسلفنا — بشرط أن يكونوا متحدين فى الطائفة والملة[1] • وظل الحال على ذلك حتى صدر القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ فى ٢١ سبتمبر سنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم

---

(١) أما إذا اختلف المتقاضون فى الطائفة أو الملة ، فإن ولاية الحكم فى منازعاتهم المتعلقة بأحوالهم الشخصية تثبت للمحاكم الشرعية ، باعتبارها محاكم الأغلبية العظمى من المصريين هذا فى تصور رجال القانون • أما فى الواقع فلأن الشريعة الإسلامية تقضى بذلك ؛ وقد أقر القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ هذا الاختصاص وسنده الشرعى ، ولا أدل على ذلك من تلك الأحكام التى تطبق على المصريين كافة بحكم النظام العام الذى أخذ بأحكام الشريعة الإسلامية فى توزيع التركات على الورثة ، وكذا فى الوصايا ... الخ .

الشرعية والمحاكم الملية ابتداء من أول يناير سنة ١٩٥٦ ، وإحالة الدعاوى التى كانت منظورة أمامها إلى المحاكم العادية[1] .

هذا ويوجد على قمة جهة القضاء العادى محكمة عليا تسمى بمحكمة النقض . ومهمة هذه المحكمة هى السهر على توحيد فهم القانون ، وتوحيد الاتجاهات القضائية فى شأنه ، فضلا عن أنها فى ذات الوقت تتولى الرقابة على سلامة وحسن تطبيق القانون ، وهى تمارس هذه المهام بمناسبة ما يرفع إليها من طعون فى الأحكام الصادرة أساسا من محاكم الاستئناف بسبب مخالفة القانون ، أو الخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله ، أو إذا ما وقع بطلان فى الحكم أو فى الإجراءات أثر فى الحكم .

وتنعقد محكمة النقض فى صورة دوائر . إحداها للمسائل المدنية والتجارية والثانية للمسائل الجنائية ، والثالثة للنظر فى مسائل الأحوال الشخصية ، وتتكون كل دائرة من خمسة من المستشارين[2] .

وإذا كانت (محكمة النقض) قمة الجهاز العادى ، هى محكمة وحيدة بالنسبة لكافة أنواع المنازعات المدنية والتجارية والجنائية ومسائل الأحوال الشخصية فإن الأمر يختلف بالنسبة للدرجات القضائية الأدنى .

وجهة القضاء العادى تتفرع من حيث توزيع العمل إلى فرعين : أحدهما يختص بالنظر فى المنازعات المدنية والتجارية ومسائل الأحوال الشخصية . والآخر يختص بالمنازعات الجنائية .

---

(١) د. عبد الفتاح عبد الباقى فى نظرية القانون الطبعة السادسة ١٩٦٦ فقرة ١٥٠ ص ٢٤٠ و ٢٤١

(٢) م ٣/٢ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢

ونظرا لأن تسمية المحاكم ونظام العمل فى كل من الفرعين تختلف عنها فى الفرع الآخر ، فإننا لذلك سنعرض لمحاكم كل فرع على حدة [١] .

١٥٦ — أولا — القضاء المدنى :

وهو الجهة التى تختص بالنظر فى المنازعات المدنية والتجارية ومسائل الأحوال الشخصية ويضم هذا القضاء المحاكم الآتية :

١ — المحكمة الجزئية :

وتنشأ فى عاصمة كل مركز أو قسم ، وتنعقد برئاسة قاضى فرد [٢] وتختص بالفصل فى الدعاوى التى لا تزيد قيمتها عن مائتين وخمسين جنيها مصريا ، وببعض القضايا الأخرى قليلة الأهمية التى أسندها إليها المشرع المصرى كدعاوى القسمة ، ووضع الحدود ، ومنازعات الرى والصرف . ويكون حكم هذه المحكمة انتهائيا ، بمعنى أنه لا يقبل الاستئناف إذا كانت قيمة الدعوى لا تزيد عن خمسين جنيها مصريا .

٢ — المحكمة الابتدائية (أو الكلية) :

وتنشأ فى كل عاصمة من عواصم المحافظات وتشكل من ثلاثة قضاة ، يكون أحدهم (الرئيس) بدرجة مستشار [٣] ، وهى المحكمة ذات الاختصاص العام ، إذ تختص بكافة المنازعات التى تزيد قيمتها عن مائتين وخمسين جنيها مصريا ، وبكل ما لم يسنده المشرع المصرى لاختصاص المحكمة الجزئية ، وتكون أحكام هذه المحكمة انتهائية ، أى لا تقبل الاستئناف ، إذا لم تتجاوز قيمة الدعوى المنظورة أمامها عن مائتين وخمسين جنيها مصريا .

---

(١) د. احمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن فى الوجيز فى المدخل إلى القانون ط ١٩٧٠ ص ٩٥ و ٩٦

(٢) م ١٤ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢

(٣) م ٤/٩ من قانون السلطة القضائية سالف الذكر .

ومن الجدير بالذكر أن المحكمة الابتدائية تعتبر محكمة استئنافية بالنسبة لأحكام المحكمة الجزئية الصادرة فى الدعاوى التى تزيد قيمتها عن خمسين جنيها مصريا .

٣ — **محكمة الاستئناف :**

وتوجد فى ثمان من عواصم محافظات الجمهورية فقط وهى القاهرة ، والإسكندرية ، وطنطا ، والمنصورة ، والإسماعيلية ، وبنى سويف ، وأسيوط وقنا وتشكل كل محكمة من ثلاثة من المستشارين[1] .

وتختص بالنظر فى الطعون المرفوعة ضد أحكام المحاكم الابتدائية التى يزيد قيمة الدعوى فيها عن مائتين وخمسين جنيها مصريا .

١١٠ — ثانيا — القضاء الجنائى :

ويختص هذا القضاء بالمنازعات الجنائية ويضم المحاكم الآتية :

١ — **محكمة الجنح :**

وهى إحدى دوائر المحكمة الجزئية وتختص بالنظر فى المخالفات والجنح . وتنشأ فى عاصمة كل مركز أو قسم وتنعقد برئاسة قاضى فرد شأنها فى ذلك شأن المحكمة الجزئية .

وقد تستقل إحدى الدوائر بقضايا الأحداث ، وتسمى فى هذه الحالة بمحكمة الأحداث .

٢ — **محكمة الجنح المستأنفة :**

وتشكل من ثلاثة من قضاة المحكمة الابتدائية ومقرها عواصم المحافظات . وتختص بالنظر فى الطعون المرفوعة إليها ضد أحكام المحاكم

---

(١) م /٢ من قانون السلطة القضائية سالف الذكر .

الجزئية التابعة لها (أى محاكم الجنح) . وقد تنظر كذلك فى بعض الجنح الهامة التى تقع بواسطة النشر فى الصحف أو غيرها من طرق النشر عدا المضرة بأفراد الناس .

٣ — **محكمة الجنايات :**

وتشكل فى العواصم التى بها محاكم استئنافية كدائرة من دوائرها . ولذلك فهى توجد فى كل من القاهرة ، والإسكندرية ، وطنطا ، والمنصورة ، والإسماعيلية ، وبنى سويف ، وأسيوط ، وقنا ، وتتألف من ثلاثة مستشارين ، وتختص محكمة الجنايات بالنظر فى الجنايات وفى الجنح التى ينص القانون صراحة على اختصاصها بالفصل فيها . وأحكام محكمة الجنايات لا تقبل الاستئناف أمام جهة أعلى ، وإنما يجوز الطعن فيها بالنقض فقط .

المطلب الثانى

محاكم القضاء الإدارى

(مجلس الدولة)

١٥٧ — طبقات وتشكيل واختصاص هذه المحاكم :

يتفرع مجلس الدولة المصرى إلى قسمين أساسيين يمارس كل منها اختصاصا مختلفا عن الآخر .

القسم الأول : هو قسم الفتوى والتشريع ومهمته مزدوجة :

١ — فهو يقوم بإعداد الرأى القانونى للجهات الإدارية فيما تعرضه عليه من مشاكل قانونية ، وفيما يرفع إليها من تظلمات .

٢ — كما يقوم القسم بصياغة وإعداد مشروعات القوانين والمراسيم واللوائح والقرارات التى تحال إلى المجلس .

القسم الثانى : هو القسم القضائى : وتختص بالفصل فى المنازعات ذات الطابع الإدارى والتى حدد القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ الصادر فى شأن تنظيم مجلس الدولة والمسائل التى يتنـاولها اختصاص القضـاء الإدارى فى المـادة ٨ إلى ١٢ منه وأهم المسائل أو المنازعات التى يختص بها هذا القضاء ما يلى :

١ – المنازعات المتعلقة بالقرارات الإدارية : سواء كان النزاع حول طلب إلغاء القرار أو وقف تنفيذه ، أو تأويله ، أو طلب التعويض عمـا أصاب الأفراد من أضرار نشأت عنه .

٢ – دعاوى الجنسية : حيث يختص مجلس الدولة دون غيره بالفصل فيها ، ولا يجوز للمحاكم العادية أن تتعرض لها حتى ولو عرضت أمامها كمسألة أولية أثناء نظر نزاع مدنى .

٣ – المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية : بعد التحقق من توافر الشروط اللازمة لاعتباره عقدا إداريا يخضع للقضاء الإدارى[1] .

ويتكون القسم القضائى من عدة طبقات على رأسها المحكمة الإدارية العليا ، ثم يليها فى التدرج محكمة القضاء الإدارى ، ثم يأتى فى نهاية السلم المحاكم الإدارية .

وسنعرض لبيان هذه المحاكم بشيء من التفصيل فيما يلى :

---

(١) شروط العقد الإدارى ثلاث :

(أ) أن يكون أحد أطرافه شخصا من أشخاص القانون العام .

(ب) أن يكون العقد متصلا بتسيير مرفق عام .

(جـ) أن تأخذ الإدارة فى العقد بأسلوب القانون العام .. كأن تحتفظ بحقها فى فسخ العقد أو تعديله فى أى وقت ، أو بحقها فى توقيع جزاء على الطرف الآخر دون حاجة إلى الإلتجاء إلى القضاء ، وتلك أساليب لا يستطيع الأفراد أن يمارسوها فى عقودهم الخاصة .

١ ـ المحاكم الإدارية :

وتتألف هذه المحاكم من ثلاثة من أعضاء مجلس الدولة : اثنين منهما بدرجة نائب على الأقل والثالث وهو رئيسها بدرجة مستشار ، ولا توجد هـذه المحاكم سوى بالقـاهرة والإسكندرية ويمكن إنشاء غيرهمـا بمقتضى القـانون عنـدما يقتضى الأمر ذلك ، وهى تختص بالفصل فى طلبـات ودعاوى الموظفين الذين تقل درجتهم عن السـابعة (وفق الكادر الوظيفى القديم) أو ما يعادلها (فى الكادر الجديد)[١] .

ويشمل اختصاص هذه المحاكم[٢] ، الطعون التى ترفع ضد القرارات الإدارية النهائية الصادرة بالتعيين فى الوظائف العامة أو الترقية ، أو بمنح

---

(١) القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ جعل الدرجة الثانية والثالثة والرابعة فى مستوى واحد هو المستوى الثانى أو الفئة الثانية ، وجعل الدرجة الخامسة والسادسة والسابعة فى مستوى واحد هو المستوى الثالث أو الفئة الثالثة وجعل الدرجة الثامنة فى القانون القديم تساوى المستوى الرابع او الفئـة الرابعة فى القانون الجديد والدرجة التاسعة تساوى المستوى الخامس أو الفئة الخامسة ، وجعل الدرجة العاشرة تساوى المستوى السادس او الفئة السادسة فى القانون الجديد ، وبالمقارنة بين النظام القديم والقانون الجديد يمكن معرفة الدرجة والمحكمة المختصة وفق النظام القانونى المتبع فى هـذا الصدد .

(٢) لقد كانت ولاية محاكم جهة القضاء الإدارى مجرد ولاية خاصـة قاصرة على ما تخضعه لها القوانين من مسائل محددة ـ تشمل مع ذلك أهم انواع المنازعات الإدارية كما أسلفنا ـ انتزاعا من الولاية القضائية العامة الثابتة اصلا لجهة القضاء العادى ـ انظر فى ذلك د . محمد فؤاد مهنا فى دروس القانون الإدارى جـ ٣ ، الرقابة على أعمال الإدارة ط ١٩٥٧ . ص ١٠٢ و ١٠٣ ـ وكان هذا الوضع منتقدا ومتنافيا مع الغرض الذى انشئت من اجله جهة قضاء إدارى مستقلة . مما حدا بالمشرع المصرى اخيرا إلى جعل محاكم مجلس الدولة ، هى المحاكم ذات الولاية العامة فى شأن المنازعات الإدارية ؛ إذ اخرج قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ من اختصاص المحاكم العادية المنازعات التى يختص بها مجلس الدولة (م ١٥) ، ثم جاء قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ فعدد كثيرا من المنازعات الإدارية التى تختص بها محاكم المجلس دون غيرها ، ثم ختم بالنص على مد هذا الاختصاص إلى « سائر المنازعات الإدارية » (م ١٠/١٤) انظر فى ذلك : د. حسن كيرة فى المدخل إلى القانون ط ١٩٧٤ فقرة ١٦٨

علاوات ، وتلك التى تقوم بإلغاء القرارات النهائية للسلطات التأديبية كما تشمل طلبات التعويض عن هذه القرارات ، والمنازعات الخاصة بالمرتبات والمعاشات والمكافآت المستحقة لهم أو لورثتهم .

وقد نص القانون على أن يكون لكل وزارة أو مصلحة عامة أو أكثر محكمة إدارية أو أكثر .

٢ — محكمة القضاء الإدارى :

وهى محكمة وحيدة . مقرها القاهرة ، وتتشكل من دوائر كل منها من ثلاثة مستشارين . ويرأس هذه المحكمة نائب رئيس مجلس الدولة . وتختص هذه المحكمة بالنظر فى الطعون الخاصة بالموظفين العموميين من الدرجة السابعة (وفق الكادر الوظيفى القديم) وما فوقها ومن يعادلهم فى الوظيفة (فى الكادر الجديد) . ويشمل هذا الاختصاص الطعون ضد قرارات التعيين ، والنقل والتأديب ، والمنازعات المتعلقة بالمرتبات والمعاشات .

كما تختص محكمة القضاء الإدارى بالنظر فى الطعون المرفوعة ضد القرارات الإدارية أيا كانت طبيعتها ، وكذلك المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية . كما تفصل هذه المحكمة فى طلبات التعويض عن القرارات الإدارية سواء رفع طلب التعويض بصفة أصلية أو بصفة تبعية .

٣ — المحكمة الإدارية العليا :

وهى قمة القضاء الإدارى ، ومقرها القاهرة ، ويرأسها رئيس مجلس الدولة وتصدر أحكامها من دوائر تتألف كل منها من خمسة مستشارين[1] .

---

(١) ويلاحظ ان دائرة فحص الطعون تشكل من ثلاثة مستشارين فقط.

وتختص هذه المحكمة بالنظر فى الطعون المرفوعة إليها ضد أحكام المحاكم الإدارية والمحاكم التأديبية وأحكام محكمة القضاء الإدارى بسبب مخالفة القانون ، أو الخطأ فى تطبيقه أو تأويله ، أو بسبب وقوع بطلان فى الإجراءات أثر فى الحكم ، أو إذا صدر الحكم خلافا لحكم سابق حاز قوة الشيء المقضى فيه .

وحين تنظر المحكمة الإدارية العليا فى مثل هذه الطعون فإنها لا تقتصر على فحص سلامة تطبيق القانون وتأويله كما هو الحال بالنسبة لمحكمة النقض ، بل تتعدى ذلك إلى فحص موضوع الدعوى ووقائعها[1] .

المطلب الثالث

المحكمة الدستورية العليا

١٥٨ — إصدار قانون المحكمة الدستورية العليا[2] :

لقد أنشئت المحكمة العليا فى أول سبتمبر سنة ١٩٦٩ بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ ، لأن المشرع المصرى قدر أن وجود أكثر من جهة قضائية قد يؤدى إلى كثير من عدم التجانس فى الأحكام القضائية مما يعرقل استقرار العلاقات القانونية فى المجتمع . وظلت هذه المحكمة العليا تمارس اختصاصاتها إلى أن أصدر المشرع المصرى القانون رقم ٤٨ لسنة

---

(١) د. احمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن ص ٩٥ — ص ١٠٠ .

(٢) صدر القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا برئاسة الجمهورية فى ٧ شوال سنة ١٣٩٩هـ « ٢٩ اغسطس سنة ١٩٧٩ » ونشر بالجريدة الرسمية بالعدد ٣٦ الصادر فى ٦ سبتمبر سنة ١٩٧٩ . وقد عمل به بعد اسبوعين من تاريخ نشره بمقتضى المادة العاشرة من قانون الإصدار .

١٩٧٩ بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا وقد نصت المـادة الثانية من قانون الإصدار على أن (جميع الدعاوى والطلبات القائمـة أمام المحكمة العليا والتى تدخل فى اختصاص المحكمة الدستورية العليا بمقتضى القانون المرافق تحال إليها بحالتها فور تشكيلها وبغير رسوم .

وتحال إليها كذلك طلبات وقف تنفيذ الأحكام الصادرة من هيئات التحكيم القائمة أمام المحكمة العليا بحالتها دون رسوم للفصل فيها طبقا للأحكام الواردة فى القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ بإصدار قانون المحكمة العليا : والقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ بإصدار قانون الإجراءات والرسوم أمامهـا) .

وقد حلت المحكمة الدستورية العليا محل المحكمة العليا وبدأ العمل بقانونها بعد النشر فى الجريدة الرسمية بأسبوعين وذلك بناء على ما جاء فى المـادة العاشرة من قانون الإصدار .

هذا وقد جاء قانون المحكمة الدستورية العليا فى خمسة أبواب :

الباب الأول : فى نظام المحكمة ويتضمن أربعة فصول . الأول فى تشكيل المحكمة ، والفصل الثانى فى الجمعية العامة للمحكمة ، والفصل الثالث فى حقوق الأعضاء وواجباتهم ، والفصل الرابع فى هيئة المفوضين . والباب الثانى فى الاختصاصات والإجراءات ويشتمل على فصلين الأول فى الاختصاص والثانى فى الإجراءات . والباب الثالث : فى الأحـكام والقرارات ، والباب الرابع فى الرسوم والمصروفات . والباب الخامس : فى الشئون المـالية والإدارية .

١٥٩ — تشكيل المحكمة الدستورية العليا :

١ — تؤلف المحكمة من رئيس وعدد كاف من الأعضاء . وتصدر أحكامها وقراراتها من سبعة أعضاء ، ويرأس جلساتهـا رئيسها أو أقدم

أعضائها وعند خلو منصب الرئيس أو غيابه أو وجود مانع لديه يقوم مقامه الأقدم فالأقدم من أعضائها فى جميع اختصاصاته [١] .

٢ - يعين رئيس المحكمة بقرار من رئيس الجمهورية ، ويعين عضو المحكمة بقرار من رئيس الجمهورية بعد أخذ رأى المجلس الأعلى للهيئات القضائية وذلك من بين اثنين ترشح أحدهما الجمعية العامة للمحكمة ويرشح الآخر رئيس المحكمة .

ويجب أن يكون ثلثا عدد أعضاء المحكمة على الأقل من بين أعضاء الهيئات القضائية ، ويحدد قرار التعيين وظيفة العضو وأقدميته بها [٢] .

٣ - يشترط فيمن يعين عضوا بالمحكمة أن تتوافر فيه الشروط العامة اللازمة لتولى القضاء ... ويكون اختياره من بين الفئات الآتية [٣] .

(أ) أعضاء المحكمة العليا الحاليين (أى فى وقت صدور قانون المحكمة الدستورية العليا) .

(ب) أعضاء الهيئات القضائية الحاليين والسابقين ممن أمضوا فى وظيفة مستشار أو ما يعادلها خمس سنوات متصلة على الأقل .

(جـ) أساتذة القانون الحاليين والسابقين بالجامعات المصرية ممن أمضوا فى وظيفة أستاذ ثمانى سنوات متصلة على الأقل .

---

(١) و (٢) و (٣) هم من نصوص المواد ٣ و ٥ و ٤ من قانون المحكمة الدستورية العليا .

(د) المحامين الذين اشتغلوا أمام محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا عشر سنوات متصلة على الأقل ٠

١٦٠ — اختصاصات المحكمة الدستورية العليا :

تنص المـادة ٢٥ من قانون هذه المحكمة على أن (تختص المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بما يأتى :

أولا : الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح ٠

ثانيا : الفصل فى تنازع الاختصاص — القضائى — بتعيين الجهة المختصة من بين جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى ، وذلك إذا رفعت الدعوى عن موضوع واحد أمام جهتين منها ولم تتخل أحدهماعن نظرها أو تخلت كلتاهما عنها ٠

ثالثا : الفصل فى النزاع الذى يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهـائيين متناقضين صادر أحدهما من أية جهة من جهات القضاء أو هيئـة ذات اختصاص والآخر من جهة أخرى منها) ٠

رابعا : تتولى المحكمة الدستورية العليا تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقا لأحكام الدستور وذلك إذا أثارت خلافا فى التطبيق وكان لها من الأهمية ما يقتضى توحيد تفسيرها[١] ٠

خامسا : يجوز للمحكمة فى جميع الحالات أن تقضى بعدم دستورية أى نص فى قانون أو لائحة يعرض لهـا بمناسبة ممارسة اختصاصاتها ويتصل بالنزاع المطروح عليها وذلك بعد اتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية[٢] ٠

---

(١) و (٢) هما نص المـادة ٢٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا .

تلك هى اختصاصات المحكمة الدستورية العليـا وقد أصبحت الوحيدة التى تفصل فى جميع ما سبق بالإضافة إلى الرقابة على دستورية القوانين واللوائح بمقتضى قانون إصدارها .

المبحث الثانى

نطاق تطبيق القانون

١٦١ - سريان التشريع من حيث الزمان والمكان :

حين تستجمع القاعدة القانونية عناصر وجودها ونفاذها ، فإنهـا تسرى على المخاطبين بأحكامها ، غير أن هذا السريان يتحدد من جهتين الأولى زمانية والثانية مكانية . فنطاق سريان القاعدة القانونية يتحدد من حيث الزمان بحيز زمانى معين لا يمكن تجاوزه ، ويتحدد إقليميـا بحيز مكانى معين أيضا .

لذا ينبغى علينا فى هذا المقام أن نحدد سريان القانون من هاتين الناحيتين ، وما يثيره كل منهما من مشاكل وذلك فى مطلبين :

المطلب الأول : نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان .

المطلب الثانى : نطاق تطبيق القانون من حيث المكان .

المطلب الأول

نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان [1]

١٦٢ — تصوير المشكلة :

إن القانون يطبق من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية على التفصيل الذى أوردناه فى حينه ، ومعنى هذا أن الأصل فى القانون أن يسرى على المستقبل أى على العلاقات الجديدة التى تنشأ فى ظله ، ودون أن يتعدى ذلك إلى حكم وقائع حدثت فى الماضى . والحكمة من تقرير هذا المبدأ ألا يباغت الأفراد بقوانين جديدة تسرى على الماضى ولم يضعوها فى اعتبارهم ، لأن سريان هذه القوانين على الماضى يؤدى إلى الارتباك والفوضى فى المراكز والعلاقات التى استقرت فى ظل القانون القديم . والقول بغير ذلك فيه إخلال بمقتضيات الأمن والاستقرار الاجتماعيين ، فضلا عن إنكار متطلبات العدالة . هذا من ناحية .

ومن ناحية أخرى فإن سلطان القانون القديم ينتهى بإلغائه ، وينبنى على ذلك توقف هذا القانون عن التطبيق بصورة أو بأخرى على أية وقائع أو علاقات مستجدة أو لاحقة على الإلغاء . وحكمة هذا المبدأ أن المشرع الوضعى حين يلغى قانونا قديما بقانون جديد ، فإن ذلك يعنى أنه يرى أن القانون القديم لم يعد مناسبا ، وأن القانون الجديد يفضله

---

(١) راجع : د. حسن كيرة فقرة ١٨٤ وما بعدها ، و د. عبد المنعم البدراوى فقرة ١١١ وما بعدها و د. عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٦٨ وما بعدها ، و د. مختار القاضى ص ١٧٦ وما بعدها ، و د. أحمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن فقرة ٥٠ وما بعدها ، و د. عبد الناصر العطار فقرة ٩٣ وما بعدها ، و د. نعمان محمد خليل جمعة ص ٢٣٥ وما بعدها ، و د. عبد الودود يحيى ص ١٣٣ وما بعدها ، و د. حمدى عبد الرحمن فقرة ١٠٩ وما بعدها .

فى التطبيق ، لذلك فاحترام إرادة المشرع الوضعى تقتضى إيقاف العمل بالقانون القديم منذ إلغائه ، على أن يبدأ العمل بالقانون الجديد منـذ ذلك الحين ، هذا فضلا عن أن عدم اتباع هذا المنطق سيؤدى إلى إمكان تطبيق القانونين القديم والجديد فى ذات الوقت على بعض المراكز القانونية المتشابهة ، وهو أمر لا يصح تشجيعه لأنه يؤدى إلى حكم مراكز قانونية متشابهة وفقا لقوانين مختلفة .

وقد صيغت نتائج هذه الأفكار السابقة فى إطار مبدأ ذو شقين : الأول لا يسرى القانون الجديد على الماضى (أو ما يسمى بمبدأ عدم رجعية القانون)[١] . والثانى يسرى القانون الجديد فور نفاذه (أو ما يسمى بنظرية الأثر الفورى للقانون)[٢] ، وسريان القانون الجديد يقتضى إيقاف العمل بالقانون القديم منذ إلغائه .

ولكن يلاحظ أن إعمال هذا المبدأ بشقيه ليس بالسهولة التى قد تبدو لأول وهلة . فقد يكون من اليسير تطبيق هذا المبدأ حين تنشأ الواقعة أو المركز القانونى فى ظل قانون معين ثم تتحقق آثارها فى ظل ذات القانون ففى هذه الحالة لا شبهة فى وحدانية تطبيق القانون المذكور على مثل هذه الوقائع والمراكز .

والأمر لا يكون بهذا اليسر دائما لأن الصعوبة تثور حين تبدأ العلاقة القانونية فى التكوين فى ظل قانون معين ، ثم تكتمل لها عناصر التكوين أو تنتج آثارها فى ظل قانون آخر جديد . ففى مثل هذا الفرض يثور الشك حول تحديد أى القانونين واجب التطبيق . فهل نرجح تطبيق القانون القديم بسبب تكون عناصر العلاقة كلها أو بعضها فى ظله ، أم

---

(١) — principe de la non rétroactivité ou la nom rétroactivité des lois.

(٢) — théorie de l'effet immediat.

نرجح تطبيق القانون الجديد بسبب تحقق الآثار بعد نفاذه . أم نطبقهما معا . وفى هذه الحالة بأى معيار نوزع اختصاص سلطان كل منهما ؟.

ولتوضيح هذه الفروض نعطى الأمثلة الآتية :

١ - يجوز للشخص أن يوصى فى حدود ثلث تركته ، فإن فعل ذلك ثم صدر قانون جديد قبل وفاته يحرم الوصية فيما يجاوز الربع . فأى القانونين يجب أن نطبقه ؟ ومن المعروف أن الوصية لا تصبح نهائية إلا بالوفاة . فهل نطبق عليها القانون الذى صدر التصرف فى ظله ، أم ينطبق عليها قانون وقت الوفاة بحكم أنه القانون السارى عند تحقق الواقعة التى صارت معها الوصية نهائية أو ملزمة ؟.

٢ - تزوج شخص فى ظل قانون يجيز الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج ثم صدر قانون جديد يجعل الطلاق بحكم القاضى . فإذا أراد هذا الشخص أن يطلق زوجته فلأى القانونين يخضع .

٣ - كانت سن الرشد فى القانون المصرى ، ثمانى عشرة سنة ميلادية فرفعها قانون المجالس الحسبية سنة ١٩٢٥ م إلى إحدى وعشرين سنة ميلادية وظلت كذلك فى القانون المدنى الحالى إلى الآن . فهل يسرى هذا الحكم الجديد على من بلغوا ثمانى عشرة سنة ميلادية قبل صدوره فيعتبرون ناقصى الأهلية ، أم لا يسرى عليهم فيعاملون معاملة من بلغ سن الرشد ؟

وإذا أردنا أن نضع حلولا لمثل هذه الفروض وفقا لمبدأ عدم رجعية القانون على الماضى [١] ، لوجدنا أن تطبيقه على حالة معينة يقتضى أن

---

(١) وهو مبدأ تنص عليه كثير من الدساتير ومنها دستور جمهورية مصر العربية الحالى فقد نص فى المادة ١٨٧ منه على ذلك (دستور ١١ سبتمبر سنة ١٩٧١) .

يكون لدينا معيار محدد يبين لنا أن القانون الجديد قد سرى على المــاضى فنمتنع عن تطبيقه أم أنه لم يسر فنمضى فى تطبيقه بغير حرج [١] .

ونجد فى هذا الصدد نظريتين تضع كل منهما معيارا لحل هــذه الصعوبة وتوضيح هذا الغموض إحداهما النظرية التقليدية والأخرى النظرية الحديثة أو النظريات الحديثة وسنعرض لهما فى فرعين :

الفرع الأول : فى النظرية التقليدية .

الفرع الثانى : فى النظريات الحديثة .

الفرع الأول

النظرية التقليدية

١٦٣ — فحوى النظرية [٢] :

تقوم هــذه النظرية على أســاس التفــرقة بين الحق المكتسب (droit acquis) ومجرد الأمل (simple expectative) فالقانون الجديد لا يستطيع المساس بالحق المكتسب وإلا كان سريانه بأثر رجعى ، وعلى

---

(١) راجع : د. احمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن فى الوجيز فى المدخل لدراســة القــانون ط ١٩٧٠ فقــرة ٥٠ ص ١٢٤ — ص ١٢٦ ، و د. عبد الناصر فقرة ٩٣ ص ١٩٨ — ص ٢٠٠

(٢) لقد كانت هذه النظرية هى السائدة فى الفقه والقضاء الفرنسى طوال القرن الماضى ، بل إن بعض أحكام القضاء الفرنسى والمصرى على السواء لا تزال إلى اليوم — رغم هجر الفقه لها — تستعمل تعبيراتها المختلفة لتبرير ما تقضى به هذه النظرية من حلول فى مشاكل التنازع الزمانى بين القوانين .

وهذه النظرية ترى أن القاعدة القانونية الجديدة تكون رجعية إذا استتبع تطبيقها المساس بما تم اكتسابه من حقوق فى ظل القاعدة القانونية القديمة ؛
=

العكس يستطيع القانون أن يخل بمجرد الأمل تعديلا أو إلغاء دون أن يستطيع أحد الادعاء بأنه نفذ بأثر رجعى •

ولكن ما هو الحق المكتسب ، وما هو مجرد الأمل ؟• قيلت عدة آراء لإعمال هذه التفرقة ، **فذهب البعض** إلى أن الحق المكتسب هو الحق الذى دخل فى ذمة الشخص بحيث لا يمكن سلبه أو نزعه منه بغير إرادته ، كحق المديونية ولو كان معلقا على شرط أو مضافا إلى أجل •

فإذا لم يتوافر المعيار السابق كنا بصدد مجرد أمل ، وبالتالى يجوز للقانون الجديد أن يخل به دون أن يقال بأنه طبق بأثر رجعى ، ومثاله حق الوارث المحتمل قبل وفاة المورث ، وحق الموصى له قبل وفاة الموصى •

وذهب البعض الآخر إلى أن الحق المكتسب هو ذلك الحق الذى يمكن أن ترفع به دعوى قضائية سواء لاقتضائه أو لاتخاذ إجراءات تحفظية لحمايته ويصل بنا هذا الرأى تقريبا إلى ذات النتائج التى يصل إليها الرأى الأول فالحق المعلق على شرط أو المضاف إلى أجل يمكن اتخاذ الإجراءات التحفظية بشأنه فى حين لا يمكن اتخاذ هذه الإجراءات من جانب الوارث المحتمل أو الموصى له حيال حياة الموصى ، وعند فريق ثالث هو الحق الذى يقوم على سند قانونى •

=

أما إذا لم يستتبع هذا التطبيق إلا المساس بمجرد الآمال التى لم ترتفع بعد إلى مرتبة الحقوق المكتسبة ، فلا رجعية فيه . بمعنى أن القاعدة القانونية تسرى حتى ولو خيبت آمالا تعلق بها الرجاء فى الماضى ، ولكنها لا تسرى إذا كان من شأن سريانها المساس بحق تم اكتسابه من قبل • انظر فى ذلك : . حسن كيرة فقرة ١٨٩ ص ٣٤٣

وأصحاب هذه النظرية يجيزون أن يكون للقانون أثر رجعى فى أربع حالات استثنائية هى :

(أ) النص الصريح على الرجعية .

(ب) القوانين التفسيرية .

(جـ) القوانين المتعلقة بالنظام العام .

(د) القوانين الجنائية الأصلح للمتهم .

وإليك بيان ببعض تطبيقاتها :

(أ) حالة ما إذا ورد نص صريح فى القانون يقرر هـذا الأثر الرجعى لتحقيق مصالح يرى واضع القانون حمايتها بأثر رجعى . فهذا المبدأ يقيد القاضى ولا يقيد واضع القانون . فمثلا القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ جعل الحد الأقصى لملكية الأراضى الزراعية والبور والصحراوية خمسين فدانا للفرد ومائة فدان للأسرة ، وقد صدر هذا القانون فى ١٦ أغسطس سنة ١٩٦٩ ونشر فى ١٨ أغسطس ١٩٦٩ ولكن عمل به اعتبارا من يوم ٢٣ يوليو سنة ١٩٦٩ وهو اليوم الذى عرف فيه الناس من رئيس الجمهورية الاتجاه إلى إصدار هذا القانون وخشى واضع القانون أن يتحايل بعض الناس على أحكامه منذ ذلك الوقت وحتى تاريخ نفاذه ، فجعل له أثرا رجعيا يسد باب التحايل على أحكامه .

(ب) أن يكون القانون الجديد مفسرًا لحكم فى قانون سابق ، فمثل هذا القانون يعتبر تفسيرا تشريعيا للقانون ، والعدل والمنطق يقتضى أن يسرى بأثر رجعى منذ تاريخ سريان القانون السابق ، لأنه مكمل له موضح لمضمون أحكامه ، من ذلك المرسوم بقانون الصادر فى ٢ مايو سنة ١٩٣٥ ، ذلك أنه فى ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ صدر مرسوم بقانون

يفرض السعر الإلزامي لأوراق البنكنوت ويقرر بطلان شرط الدفع بالذهب • ولكن المحاكم المختلطة — في ذلك الوقت — فسرت هذا المرسوم بما يقصره على المعاملات الداخلية أما المعاملات الخارجية فيصح بالنسبة لها شرط الدفع بالذهب ، ولما رأى المشرع المصري أن هذا التفسير لا يتفق مع مقصوده أصدر مرسوما بقانون بتاريخ ٢ مايو سنة ١٩٣٥ يؤكد أن حظر شرط الدفع بالذهب ينطبق أيضا على المعاملات الخارجية • فمثل هذا التفسير ينطبق ويسرى بأثر رجعى منذ تاريخ سريان القانون السابق لأنه مكمل له كما أسلفنا •

(جـ) أن يكون القانون الجديد متعلقا بالنظام العام مثل القانون الذى يرفع سن الرشد من ١٨ سنة إلى ٢١ سنة يسرى بأثر رجعى حتى على من بلغوا سن الـ ١٨ سنة فى ظل القانون القديم فيعودوا قصر لأن هذا القانون يتعلق بأهلية الأشخاص وهى من النظام العام وكذلك الحال فى قوانين إلغاء الرق ، فهى لتعلقها بالنظام العام تنسحب على الماضى ، فيتحرر كل الرقيق الموجود فور نفاذها ، رغم ما فى ذلك من مساس بما لمالكيم عليهم من حقوق مكتسبة •

(د) وإذا كان القانون الجنائى الجديد أصلح للمتهم فإنه يسرى بأثر رجعى فمثلا إذا كان هناك فعل معاقب عليه ثم صدر قانون يبيحه فإن هذا القانون الجديد يسرى بأثر رجعى لأنه أصلح للمتهم ، كجريمة العيب فى الذات الملكية فى أثناء سيادة الحكم الملكى ، فقد تم إلغاء هذا النظام ولم يعد هناك ما يدعو إلى تطبيق عقوبته فألغيت بإلغائه ، ولم يصبح هذا الفعل مجرما ، بل مباحا ومشجعا عليه من النظام الجمهورى الجديد الذى حل محل الملكية البائدة •

وهذه النظرية التى تفرق بين الحق المكتسب ومجرد الأمل لم تخل من النقد ، فقد وجه لها فقهاء القانون عدة اعتراضات سنعرض لها توا •

١٦٤ - نقد النظرية التقليدية :

كتبت لهذه النظرية السيادة خلال القرن التاسع عشر حيث اعتنقها كثير من المشتغلين بالقانون ، ولكن الفقه القانونى الحديث نجح فى بيان عيوبها وعدم كفايتها لمواجهة مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان ، ومن بين ما وجه لها من اعتراضات ما يلى :

١ - أن التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل غامضة ، فالقول بأن الحق المكتسب هو الحق الذى دخل فى الذمة المالية لا يجدى حين ينصرف البحث إلى مشكلات الحقوق غير المالية التى لا تدخل فى ذمة الشخص كما أن معيار « الحق المكتسب » معيار مبهم كل الإبهام لا يفصح فى جلاء عن معنى الرجعية ، ولذلك تضاربت آراء أنصار هذا المذهب حول تعريف هذا الحق حتى انتهى الأمر إلى أن فكرة الحق المكتسب قد أصبحت مجرد حيلة لمنع سريان القانون الجديد على ما يراد سلفا عدم المساس به .

٢ - وهذه النظرية تؤدى إلى نتائج غير مقبولة ، لأن عدم المساس بحق مكتسب يعنى عدم جواز تعديل النصوص القانونية التى تنظم الحقوق المختلفة لحق الملكية مثلا ، مع أن من المسلم به قانونا أن للمشرع الوضعى أن يقيد هذا الحق بما يرى فيه مصلحة المجتمع دون أن يعتبر سريان هذا القانون ذا أثر رجعى .

٣ - كذلك تخلط هذه النظرية بين الأثر الرجعى والأثر الفورى أو المباشر للقانون الجديد ، فالقانون الجديد الذى يرفع سن الرشد فيعود قاصرا بعض من بلغوا سن الرشد فى ظل القانون القديم . مثل هذا القانون يعتبر ذا أثر رجعى فى نظر أنصار هذه النظرية باعتبار أنه مس حقا مكتسبا ، ونظرا لاتصال القانون الجديد بالنظام العام استثنوه من القاعدة العامة وأجازوا سريانه بأثر رجعى ، ولكن

الأصح فى هذا الصدد هو القول بأن القانون فى هذه الحالة يسرى بأثر مباشر وليس بأثر رجعى لأنه يطبق على كل من لم يبلغ سن الرشد وقت نفاذه ، ومنهم من سبق له بلوغ هـذه السن فى ظل القانون القديم . فالقانون الجديد ـ على هذا النحو ـ يسرى على كل الوقائع التى تحدث بعد نفاذه ولا أثر رجعى له[1] .

الفرع الثانى

النظريات الحديثة

١٦٥ ـ أولا ـ نظرية الوقائع التى اكتملت فى الماضى :

وتذهب هذه النظرية إلى أن يحكم القانون القديم كافة النتـائج والآثار المترتبة على الوقائع التى اكتمل وجودها فى ظله . ومقتضى ذلك أنه ما دامت الواقعة قد تحققت فى ظل قانون معين استمر هذا القـانون ساريا عليها حتى ولو تحققت الآثار والنتائج فى ظل القانون الجديد .

ومن الواضح أن هذه النظرية تعطى للقانون القديم سلطانا يجاوز الحدود التى يمكن التسليم بها . فمن الصعب أن نسلم أن قانونا من قوانين الإصلاح الاجتماعى يعجز عن تنظيم كافة الآثار التى تنجت فى ظله لمجرد أنها ترجع إلى وقائع اكتمل وجودها قبل نفاذه . فهل من المتصور مثلا أن قانونا يحرم الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج إذا ما كانت العصمة

---

(١) د. حسن كيرة فى المدخل إلى القانون فقرة ١٩١ ، و د. عبد الفتاح عبد الباقى فى نظرية القانون فقرة ١٨٤ ، و د. مختار القاضى فى أصـــول القانون ص ١٧٨ وما بعدها ، و د. عبد المنعم البدراوى فى مبادىء القانون فقرة ١٢٥ ، و د. عبد الناصر العطار فى مدخل لدراسة القـــانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ص ٢٠٣ و ٢٠٤ ، و د. احمد ســـلامة و د. حمـــدى عبد الرحمن فى الوجيز فى المدخل لدراســة القانون فقرة ٥٢

فى يد الزوجة يعجز عن حكم كافة الزيجات التى تمت قبل صدوره على هذه الصورة ؟»

ومن ناحية أخرى فقد عيب على هذه النظرية أنها تعطى الأهميـة الكبرى لتحقيق الوقائع دون الآثار ، مع أن العكس هو الأكثر اتفاقا مع مقتضيات التنظيم القانونى[1] .

١٦٦ — ثانيا — النظرية المميّـزة بين المراكز القانونية الموضوعية والمراكز الشخصية :

إن أصحاب هذه النظرية — وعلى رأسهم ديجى — يفرقون بين المركز القانونى الموضوعى (situations objectives) ، والمركز القـانونى الشخصى (situation subjective) ، فيقصدون **بالمركز القانونى الموضوعى** المركز التنظيمى الذى يتولى القانون تنظيمه بصفة عامة ، بحيث لا تلعب فيه إرادة الأفراد إلا دورا محدودا ويسرى على مثل هذه المراكز القانون الجديد فور نفاذه . لأنه مستمد من القانون مباشرة فهو الذى يحـدد نطاقه ومداه .

ومن قبيل المراكز الموضوعية أو التنظيمية علاقة الزوجية وما يدور حولها من أحكام . فالقانون هو الذى يحدد الشروط المتعلقة بانعقـاد الزواج الصحيح وما يترتب عليه من آثار والتزامات متبادلة . فإذا ما صدر قانون جديد يعدل من هذه الأحكام وجب سريانه على جميع من ارتبطوا بعلاقة الزوجية عند العمل بهذا القانون ، بغض النظر عن تاريخ إبرام عقد الزواج .

ويقصد بالمركز القانونى الشخصى : المركز الذى يرجع فى نشـأة وتنظيم أحكامه إلى إرادة أطرافه ، فهو يتولد مباشرة عن الإرادة ويتحدد

---

(١) د. احمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن فى المرجع السابق ص ١٢٨

بهـا • وينطبق هذا الوصف عموما على المراكز التعاقدية • فعقد البيع مثلا ينشىء مركزا قانونيا شخصيا يخضع فى شروطه وآثاره لسلطان إرادة طرفيه • ويخضع مثل هذا المركز الشخصى (أو التعاقدى) لحكم العقد الذى أنشأه فى إطار أحكام القانون الذى كان ساريا عند إبرام هـذا العقد • وبالتالى فهو لا يخضع للتعديلات التى قد تدخلها قوانين لاحقة على تاريخ نشأته • بخلاف سابقه (المراكز الموضوعية أو التنظيمية) •

هذا وعلى الرغم مما أضافته هذه النظرية أو ألقت به من أضـواء جديدة على مشاكل تطبيق القوانين المتعاقبة زمنيا ، إلا أن ما تصل إليه من حلول ليس بالمقبول فى كل الأحوال • فمن الصعب أحيانا أن نطبق القانون الجديد بغير تحفظ على مركز قانونى معين نشأ فى ظل قانون سابق بحجة أنه مركز تنظيمى • فهل من المتصور مثلا أن نعيد النظر فى صحة انعقاد زواج (وهو مركز تنظيمى) تم صحيحا فى ظل القانون القديم إذا كان هذا الزواج لا يحقق شروط صحة الانعقاد وفقا للقانون الجديد ؟•

لا شك أن مثل هذه النتيجة التى يؤدى إليها منطق هذه النظرية لا يمكن التسليم بها • وهى فى حد ذاتها تعد سببا كافيا لهجرها والبحث عن حلول أخرى[1] •

وفضلا عن ذلك فإن المعيار الذى تقول به هذه النظرية والذى يقوم على أساس التفرقة بين المراكز الموضوعية والمراكز الشخصية ، والذى تجعل منه المصدر الذى يولد ويحدد نوع المركز الذى نحن بصدده ، فإذا كان المصدر هو القانون نكون بصدد مركز موضوعى • وإذا كان

---

(١) ومع ذلك يجب أن نعترف بأن النظرية المميزة بين المراكز القانونية الموضوعية والمراكز الشخصية التى يقول بها (ديجى) تفضل النظرية التقليدية، وتعتبر تقدما ملحوظا فى مجال التأصيل الفقهى لمشكلة التنازع بين القوانين فى الزمان • انظر فى ذلك د• حسن كيرة فقرة ١٩٥

المصدر هو الإرادة نكون بصدد مركز شخصى ، هذا المعيار فى الحقيقة لا تعتد به هذه النظرية مع أنها تقول به ، لأنها تعتد فى الواقع بالصفة الفردية الخاصــة أو الموقوتة ، أو بالصفة العامة أو الدائمــة للمركز القانونى . وهنا يبدو عدم دقة التفرقة . إذ ثمة مراكز قانونية تكون لها الصفة الموقوتة ، كمركز محدث الفعل الضار ، ومع ذلك لا تعتبر عند هذه النظرية مراكز قانونية شخصية بل مراكز قانونية موضوعية . وفى اعتبارها كذلك ، ما يجعل للقانون الجديد — دون وصفه بالرجعية — سريانا عليها ومساسا بها ، رغم ما فى ذلك من تناقض مع ما تقدمه هذه النظرية من أن الأفعال والأعمال تحكم بالقانون الذى تحدث فى ظله بحيث لا يملك القانون — دون رجعية — المساس بما حدث قبل نفاذه منها . وهذا يكشف فى وضوح عن عدم وجود فاصل دقيق عند من يقولون بهذه النظرية بين الأعمال وبين ما يتولد عنها من مراكز قانونية .

وبالإضافة إلى ذلك فإن هذه النظرية تكاد تهدر ما تقرره من ضرورة احترام القانون الجديد للمراكز الشخصية ، حينما تعتبر الدعاوى التى تحمى هذه المراكز مجرد قواعد صاغها صانع التشريع الوضعى بحيث تخضع دائما لأى تعديل قد يأتى به[1] .

١٦٧ — ثالثا — النظرية الحديثة[2] :

تقوم هذه النظرية على أساس مراعاة الانتقــادات التى وجهت للنظريات السابقة ، مع الأخذ — إن أمكن — ببعض الجوانب السليمة

---

(١) د . حسن كيرة فقرة ١٩٥ ص ٣٥٥ و ٣٥٦ ، و د . احمد ســلامة و د . حمدى عبد الرحمن ص ١٢٨ و ١٢٩

(٢) إن هذه النظرية تقوم على أساس التفرقة بين الاثر الرجعى والاثر المباشر للقانون وقد دافع عن هذه النظرية روبيه فى مؤلفه سابق الإشارة إليه فى المتن théorie de l'effet immediat. ، وقد لقيت هذه النظرية =

فيها ، وقد قال بها الأساتذة بلانيول ، وكولان وكابيتان ، وكان أعظم مؤلف وضع فيها هو مؤلف الأستاذ (روبيه) وهو (تنازع القوانين فى الزمان) وقد نشر الجزء الأول منه فى باريس عام ١٩٢٩ والجزء الثانى عام ١٩٣٣

وقد أخذت هذه النظرية تؤثر فى القضاء ، فكثير من الأحكام القضائية تشير إليها ، وإن لم يهجر البعض منها النظرية التقليدية فى الحقوق المكتسبة .

والنظرية الحديثة وهى تبحث عن حل لتنازع القوانين فى الزمان تسلم بقاعدتين :

الأولى : رفض الأثر الرجعى للقانون . لأن الاستقرار الاجتماعى ومقتضيات العدالة يتطلبان كما سبق أن قلنا ألا يعاد النظر فى المراكز القانونية التى سبق أن استقرت وفقا للقانون القديم .

الثانية : رفض امتداد سلطان القانون القديم فى فترة زمنية لاحقة على إلغائه ، لأن فى ذلك مناقضة لمقتضى إرادة المشرع الوضعى الذى ما جدد إلا لأن الجديد أكثر ملاءمة من القديم وأولى منه بالتطبيق .

= وما زالت تلقى فى الفقه القانونى رواجا كبيرا بعد أن تخلى الجانب الأكبر منه عن تأييد النظرية التقليدية ، دون أن ينحاز إلى النظرية المميزة بين المراكز القانونية الموضوعية والشخصية أو ما يطلق عليها اصطلاح نظرية (ديجى) فى المراكز المتميزة . وقد كان للفقيه الفرنسى (روبيه) الفضل فى بسط هذه النظرية والدعوة إليها فى مؤلفه سابق الإشارة إليه . وجوهر هذه النظرية مشيّد على التفرقة بين الأثر الرجعى والأثر المباشر للقانون الجديد . راجع : د. حسن كيرة فقرة ١٩٦ ، و د. عبد المنعم البدراوى فقرة ١٢٦ ، و د. عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٧٩ ، و د. مختار القاضى ص ١٨٢ وما بعدها ، و د. عبد الناصر العطار فقرة ٩٥ ، و د. أحمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن ص ١٣٠ وما بعدها .

وقد أدى التسليم بهاتين القاعدتين بأنصار النظرية الحديثة إلى الوصول إلى الحل الثالث ، وهو ضرورة تطبيق القانون الجديد بأثر فورى effet immédiat فالقانون الجديد لن يسرى على الماضى (عدم التسليم بالأثر الرجعى) (effet rétroactif) وسيسرى منذ نفاذه دون أن يزاحمه أو يعوقه القانون القديم (إقرار الأثر المباشر) •

هذا وقد انحصرت الحلول التى قدمتها النظرية الحديثة فى تفصيل مضمون وحدود كل من هاتين القاعدتين :

١ ـ قاعدة عدم رجعية القانون الجديد •

٢ ـ وقاعدة الأثر الفورى للقانون •

١٦٨ ـ القاعدة الأولى ـ عدم رجعية القانون الجديد :

وتعنى هذه القاعدة ـ كما سبق أن أشرنا ـ عدم امتداد سلطان القانون إلى الماضى ، ويقصد بذلك وفقا لهذه النظرية ما يلى :

(أ) عدم تطبيق القانون الجديد على المراكز التى نشأت وأنتجت كل آثارها وانقضت وفقا للقانون القديم سواء أكان المركز تنظيميا أم شخصيا • كما لا يمس القانون الجديد ما تم ترتيبه من آثار فى ظل القانون القديم حتى ولو كان المركز القانونى ما زال منتجا لبعض آثاره فى ظل القانون الجديد ، ما لم يكن له أثر رجعى •

(ب) الوقائع التى اكتملت فى ظل القانون القديم لا تنتج سوى الآثار التى رتبها عليها هذا القانون ، ولا تنتج ما يكون قد رتبه عليها القانون الجديد من آثار إضافية •

(جـ) إذا كان تكوين المركز القانونى يستغرق زمنا طويلا تتحقق فيه

بعض عناصر وجوده ، فإن ما يتحقق من هذه العناصر فى ظل القانون القديم يبقى خاضعا لهذا القانون ووفقا لما يعطيه هذا القانون لها من قيمة قانونية ، وما يتحقق فى ظل القانون الجديد يخضع لهذا القانون بالنسبة لما قد يفرضه أو يعدله من شروط وأوضاع . فالوصية مثلا تنشأ بتصرف قانونى من الموصى ، ولا تصبح نهائية (أى ملزمة) إلا بوفاته ، فإذا صدر قانون جديد يفرض شروطا شكلية جديدة يجب أن تفرغ فيها إرادة الموصى ، فإن هذه الشروط لا تسرى على الوصايا التى حررت قبل صدوره والتى تمت فى ظل القانون السابق ووفق شروطه . أما إذا كان القانون الجديد يعدل من القدر الجائز الإيصاء به بأن لا يجيز مثلا الإيصاء إلا فى حدود ربع التركة بدلا من ثلثها ، فإنه يسرى على الوصية التى لم تصبح بعد نهائية بوفاة الموصى[1] .

١٦٩ — استثناءات من مبدأ عدم رجعية القانون الجديد :

يعتبر مبدأ عدم الرجعية من المبادىء الأساسية فى القانون ، وإقرار لهذه الصفة حرص واضعوا الدستور المصرى الدائم (دستور ١١ سبتمبر سنة ١٩٧١) على النص على هذا المبدأ صراحة فى المادة ١٨٧ التى تنص على أن (لا تسرى أحكام القانون إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها . ومع ذلك يجوز فى غير المواد الجنائية النص فى القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية مجلس الشعب). ومعنى ذلك أن القانون لا يسرى بأثر رجعى ، كما أنه لا يجوز النص فى القانون على سريانه بأثر رجعى إلا بشرطين : **أحدهما** : أن يكون ذلك فى غير المواد الجنائية . **والثانى** موافقة الأغلبية العددية لجميع أعضاء مجلس الشعب لا أغلبية الحاضرين فقط ، فإذا لم يتوافر هذان الشرطان

---

(١) د. أحمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن ص ١٣٠ و ١٣١ ، ويراجع أيضا د. حسن كيرة فقرة ١٩٧ ، و د. عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٨٠ .

كان النص على الأثر الرجعى فى القانون غير دستورى • أما اللوائح أو التشريع فلم يرد نص يجيز لواضعه أن يجعل سريانه بأثر رجعى وبالتالى يخضع للقاعدة العامة التى تجيز سريانه بأثر رجعى • كما أن القوانين التفسيرية ـ كما أشرنا سلفا ـ لا تضيف جديدا إلى التشريع السابق وبالتالى فإن تطبيقها منذ بداية تطبيق التشريع الوضعى المفسر لا يعتبر بأثر رجعى •

فإذن بناء على ما سبق الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم الرجعية للقانون ثلاثة :

الاستثناء الأول ـ حالة النص الصريح :

وهو الاستثناء الذى أشار إليه الدستور المصرى الدائم ، ويجوز وفقا له أن يقرر مجلس الشعب بأغلبية أعضائه سريان القانون ـ فى غير المواد الجنائية ـ على الماضى ، فإذا أفصح المشرع الوضعى عن تلك الإرداة وجب إعمالها رغم ما قد يسند إليها من عيوب •

الاستثناء الثانى ـ القوانين التفسيرية (١) :

وهو استثناء لا يمثل تعارضا فعليا ـ كما سبق أن ذكرنا غير مرة ـ مع مضمون قاعدة عدم الرجعية لأن القانون التفسيرى لا يقرر حكما جديدا بل يقدم شرحا لقانون قائم استعصى فهمه فحسب • فهو يطبق بأثر رجعى على مراكز تكونت قبل صدور التفسير • وفى هذين الاستثناءين تتفق النظرية الحديثة مع النظرية التقليدية •

---

(١) تبرر النظرية الحديثة رجعية القوانين التفسيرية على اساس مالها من صفة خاصة ناشئة عن تحول المشرع الوضعى فيها إلى مجرد مفسر للقانون ، كالقاضى فى هذا الصدد سواء بسواء ، ولذلك يكون لهذه القوانين من الرجعية ما لتغير احكام القضاء من رجعية ومن مدى لهذه الرجعية ، اى تكون رجعيتها بالنسبة لمالم يفصل فيه نهائيا من القضايا . راجع : روبيه فى تنازع القوانين فى الزمان جـ ١ فقرة ٥٨ ص ٤٧٣ مشار إليه فى كتاب د. حسن كيرة المدخل إلى القانون ط ١٩٧٤ ص ٣٦١ هامش ٢

الاستثناء الثالث ــ القانون الجنائى الأصلح للمتهم :

إذا ارتكبت الجريمة فى ظل قانون معين فيجب أن يحاكم المتهم وفقا لأحكام هذا القانون ، فإذا صدر قانون جديد قبل توقيع العقوبة ، فالأصل عدم تطبيقه على الجريمة التى وقعت قبل سريانه غير أن النظرية الحديثة تورد على هذا المبدأ استثناء يتعلق بالقوانين الجنائية الأصلح للمتهم • فإذا كان القانون الجديد يخفف من عقوبة الجريمة التى ارتكبت فى ظل القانون السابق ، وجب تطبيقه على القضايا التى لم يحكم فيها بعد •

ورغم التسليم بهذا الاتجاه إلا أن البعض لا يرى فيه استثناء على مبدأ عدم الرجعية ، إذ يرون أنه لكى يطبق القانون الجديد على الماضى يجب أن يكون الحكم النهائى قد صدر فعلا ، أما فى الفرض السابق فإن الحكم النهائى لم يصدر بعد ، لذلك تخضع العقوبة للأثر الفورى للقانون الجديد وليس لأثره الرجعى •

١٧٠ ــ القاعدة الثانية ــ الأثر الفورى للقانون :

وهذه القاعدة تعنى التطبيق الفورى للقانون (effet immédiat) الجديد على ما يقع منذ بدء سريانه • ويؤدى ذلك من حيث المبدأ إلى استبعاد امتداد سلطان القانون القديم بعد إلغائه • ويترتب على ذلك ما يلى :

(أ) تطبيق القانون الجديد على المراكز التى تنشأ بعد بدء سريانه •

(ب) تطبيق القانون الجديد على الآثار المستقبلة للمراكز التى سبق أن نشأت فى ظل القانون القديم •

(ج) تطبيق القانون الجديد على المراكز القانونية فى طور التكوين ، ومن قبيل ذلك القواعد المتعلقة باكتساب الملكية بالتقادم • فإذا نص القانون مثلا على اكتساب الملكية بالتقادم (وضع اليد مع نية

التملك) يتم بمرور مدة معينة (١٠ سنوات مثلا) وقبل تمام هذه المدة صدر قانون جديد يطيل مدة التقادم (١٥ سنة مثلا) . فهنا يجب تطبيق القانون الجديد لأن المركز القانونى لواضع اليد لم يتم بل كان لا يزال فى طور التكوين[1] .

(د) تطبيق القانون الجديد على الآثار المستقبلة للمراكز القائمة وقت صدوره . ويسرى هذا الحكم على **المراكز التنظيمية** بصفة خاصة ، فإذا عقد الزواج فى ظل القانون القديم ثم صدر قانون جديد يعدل من آثاره أو من طرق انحلاله فإن من مقتضى الأثر المباشر سريان هذا القانون بالنسبة للآثار المستقبلة .

أما بالنسبة **للمراكز الشخصية أو التعاقدية** فالأصل بالنسبة لها أن القانون الجديد لا يؤثر على آثارها التى تحدث فى ظله ، بل تخضع للقانون الذى تم إبرام العقد فى ظله أى يظل القانون القديم ساريا فى صددها استثناء من المبدأ العام الذى يوجب تطبيق القانون الجديد تطبيقا فوريا ، والحكمة من إقرار هذا الحكم هو أن المركز الشخصى يخضع فى تنظيم أحكامه وآثاره لإرادة طرفيه ، وأنهما قد وضعا فى الاعتبار عند إبرام العقد ما يضعه القانون المعمول به فى ذلك الوقت من أحكام ، فإذا قلنا بتطبيق قانون جديد على هذه العلاقة لأدى ذلك إلى قلب مضمون توازن

---

(١) أما إن قصرت المدة فى القانون الجديد ، فيراعى أن لا يؤدى سريان القانون الجديد إلى اعتبار التقادم منتهيا فى ظل القانون القديم ، وإلا كان فى ذلك رجعية من القانون الجديد . أو إلى اطالة مدة التقادم عن المدة الأطول المقررة فى القانون القديم ، ما دام القانون الجديد يقصّر المدة . ولذلك فالأصل أن يتم التقادم بانتهاء المدة الجديدة محسوبة ابتداء من يوم نفاذ القانون الجديد ، إلا إذا كانت المدة المقررة فى القانون القديم تكتمل قبل تمام المدة الجديدة محسوبة منذ نفاذ القانون الجديد ، فيستمر تطبيق القانون القديم ويتم التقادم باكتمال مدته ، انظر د. حسن كيرة ص ٣٦٤ هامش ١

المصالح الذى حققه الأطراف عند إبرام العقد ، وأوقع إجحافا ظـاهرا بما ارتضاه هؤلاء الأطراف فى ظل القانون القديم .

هذا وقد نادى بعض فقهاء القانون بتطبيق الأثر الفورى للقانون الجديد حتى بالنسبة للمراكز الشخصية إذا كانت قواعد هذا القانون آمرة ففى حدود هذه القواعد الآمرة لا فرق بين المركز الشخصى ، والمركز التنظيمى غير أن هذا الرأى لم تكتب له السيادة خاصة لمـا يؤدى إليه من تجزئة لآثار المركز التعاقدى ، إذ يخضع بعضها للقـانون القديم ، ويخضع البعض الآخر للقانون الجديد[1] .

والاستثناء الوحيد الذى يمكن إقراره بالنسبة للمراكز التعاقدية هو حالة النص الصريح أو الإرادة الضمنية من جانب المشرع الوضعى[2] . فإذا اتجهت إرادة المشرع الوضعى صراحة إلى تطبيق القانون الجديد على المركز الشخصى وجب إعمال هذه الإرادة . كذلك الحال لو تأكد لنا أن إرادة مشرع وضعى قد اتجهت ضمنا إلى هذا المعنى ، كما لو صدر قانون جديد ينقص من ساعات العمل اليومية للعمال ، أو يضع حدا أدنى للأجور . فى مثل هذه الأحوال لا يمكن استبعاد الأثر الفورى للقانون الجديد بحجة أننا بصدد مركز تعاقدى . فالواضح أن المشرع الوضعى حين سنّ هذه الإصلاحات الاجتماعية إنما قصد إلى تطبيقها بأثر فورى .

---

(١) د. احمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن ص ١٣٣ و ١٣٤

(٢) لقد استثنى المشرع الوضعى العقود أو ما يسمى بالمراكز العقدية السارية (les situations contractuelles encours) من نفاذ القانون الجديد ، وتركها قائمة ومنتجة لآثارها المحكومة بالقانون القديم — كما أسلفنا — ولكن هذا الاستثناء يكون فى حدود معينة مضمونها يستخلص من التفرقة بين العقد أو المركز العقدى وبين النظام القانونى (le statut légal) فحيث يتعلق الأمر بالنظام القانونى تبقى العقود الجارية محكومة بالقـانون الجديد طبقا لمبدأ الأثر المباشر أو الفورى للقانون وإذا لم يتعلق بنظام قانونى خضع لذات القانون الذى نشأ فى ظله . راجع : د. عبد المنعم البدراوى فقرة ١٢٨ ، و د. حسن كيرة فقرة ٢٠٠ .

١٧١ — صفوة القول فى النظرية الحديثة :

يمكننا بعد عرضنا السابق للنظرية الحديثة أن نعرض لأهم عناصرها ملخصة فى النقاط الآتية :

١ — ليس للقانون الجديد أثر رجعى (effet retroactif) أى أنه لا يجوز لهذا القانون أن يرجع إلى الماضى ليحكم الوقائع التى وقعت قبل نفاذه ، بل إن ما تم من قبل من وقائع نشأت أو آثار ترتبت عليها ، يظل محكوما بالقانون القديم •

٢ — تقرر هذه النظرية أن القانون يسرى فى الحال أى بصورة فورية ، وهذا الأثر الفورى (effet immédiat) يسرى على كل ما يقع أو يترتب من آثار على وقوع هذه الوقائع فى المستقبل ، ويسرى كذلك على ما يترتب مستقبلا على وقائع نشأت فى ظل القانون القديم •

واستثناء من قاعدة الأثر المباشر للقانون الجديد يستمر تطبيق القانون القديم بأثر ممتد بعد إلغائه (suvivanc de loi ancienne) ليحكم العقود التى نشأت فى ظله من حيث آثارها المستقبلة أو انقضاؤها ، إلا فى الحالة التى يتصل العقد فيها بمركز قانونى أو بالنظام العام (بمعناه المحدود فى هذه النظرية) ، فعندئذ يؤول الأمر إلى المبدأ الذى يقضى بتطبيق القانون الجديد تطبيقا فوريا مباشرا •

وتتميز هذه النظرية بما يأتى :

١ — أنها ميزت بصورة جيدة بين رجعية القانون والأثر المباشر أو الفورى للقانون الجديد • فتطبيق القانون الجديد على كل ما يقع فى المستقبل حتى الآثار المستقبلة لوقائع قديمة ، لا يعتبر من قبيل الرجعية ، بل هو إعمال لأثره المباشر • هذا فى الوقت الذى خلطت

فيه النظرية التقليدية بين الأمرين ، حين قالت بأن سريان القانون الجديد على الحقوق المكتسبة التى تم اكتسابها فى ظل القـانون القديم ـــ وذلك عند تعلق التشريع الجديد بالنظام العام ـــ هو سريان رجعى .

٢ ـــ وقد تفادت هذه النظرية المعيار الغامض الذى تفرق به النظرية التقليدية بين الحق المكتسب ومجرد الأمل ، ولأنه مع غموضه صعب التطبيق فى الواقع .

٣ ـــ إن النظرية الحديثة تقرر سريان التشريع الجديد فى الحال بالنسبة للمستقبل ، وهذا ولا شك يتفق مع نية المشرع الوضعى ، ومع ما ينبغى أن يتوافر للروابط القانونية من توحيد فى نظامها القانونى كلما أمكن ذلك .

٤ ـــ كما أن هذه النظرية لم تهمل سلطان الإرادة فى الروابط العقدية حين قررت استمرار تطبيق القانون القديم الذى نشأت فى ظله .

ولكننا نأخذ على هذه النظرية الحديثة أنها قد عمدت إلى وضع معيار لتحديد نطاق الأثر المستمر للقانون القديم والأثر الفورى للقانون الجديد ، لتتمكن من إقامة التفرقة أو وضع الحد الفاصل بين المركز العقدى المحض (أو النظام العقدى) ، وبين النظام القانونى ، وهى تفرقة غامضة وغير محكمة أو منضبطة ، لا تلبث أن تفتح الباب واسعا لخلافات كثيرة حولها . وتجعل حلول التنازع فى هذا الشأن قلقة وغير مستقرة .

وقد حاول بعض أنصار هذه النظرية إحلال معيار آخر محل هذا المعيار ، هو معيار النظام العام . ولكن يعاب على هذا المعيار بدوره أن من قالوا به قاموا بتضييق مفهومه ومدلوله عن المدلول العادى لهـذا

النظام ، فأخرجوا من نطاقه بعض القواعد التى يجرى الفقه والقضاء على اعتبارها قواعد آمرة لا يجوز الخروج عليها لاتصالها بالنظام العام كالفوائد الربوية[١] التى يقرها القانون القديم بالزيادة على القانون الجديد. فهذه الفوائد التى ثبت استحقاقها فى ظل القانون القديم ثم جاء القانون الجديد ليعدل من قيمتها بالنقصان ، لا يمكن بناء على الأخذ بمفهوم هذه النظرية أن تطبق القانون الجديد عليها ، بل إن آثار القانون القديم تسرى حتى فى ظل القانون الجديد مع أن ذلك يقع بالمخالفة للنظام العام بمعناه العادى[٢] .

١٧٢ — الفقه المصرى والنظرية الحديثة :

يرى أغلب فقهاء القانون فى مصر وجوب الأخذ بالنظرية الحديثة مع بعض التعديل فى مضمونها على النحو التالى :

١ — للتمييز بين الأثر المستمر للقانون القديم والأثر الفورى للقانون الجديد فى نطاق الروابط العقدية ، يؤخذ بفكرة النظام العام بمدلولها العادى الذى تقوم على أساسه التفرقة بين القواعد الآمرة أو الناهية

---

(١) يلاحظ أن جميع الفوائد بكافة صورها (الفوائد الربوية - الفوائد التأخيرية ، الفوائد القانونية ، الفوائد الاتفاقية ...) محرمة شرعا ؛ وقد رفعت بصددها دعوى أمام المحكمة الدستورية العليا للفصل فى عدم دستوريتها لمخالفتها للشريعة الإسلامية التى نص الدستور المصرى لسنة ١٩٧١ على أنها المصدر الرئيسى للتشريع ، ونحن فى انتظار حكم هذه المحكمة ليؤكد حكم الشريعة الإسلامية فى هذا المال الحرام والخبيث ليتطهر الاقتصاد المصرى منه كبادرة لتطهير جميع موارد الدول العربية والإسلامية من هذا الوباء . والبدائل الإسلامية كثيرة لمن شاء وجه الحق ورغب فى تطبيقه ، واضفى على سلطان أحكام الشريعة الإسلامية يد السلطة الزمنية لتفصل فى كل شأن من شئون حياتنا على هدى من الكتاب والسنة المطهرة .

(٢) د. عبد المنعم البدراوى فقرة ١٣٠ ، و د. حسن كيرة ٢٠١ ، و د. عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٨٦ ، و د. عبد الناصر العطار ص ٢٠٨ ، و د. مختار القاضى ص ١٨٢ وما بعدها .

والقواعد المكملة لإرادة المتعاقدين • فيسرى القانون بأثر فورى على الآثار المترتبة فى ظل القانون إذا ما استمرت آثارها فى المستقبل ، فإنه يطبق عليها بأثر فورى إذا تعلقت هذه الآثار بقانون قديم فى مواجهة قانون جديد آمر (يتعلق بالنظام العام) • أما إذا كان القانون الجديد مكملا ، فلا تسرى أحكامه على الآثار العقدية الجارية بناء على أحكام القانون القديم وإن تعلقت بالمستقبل ، فتظل هذه العقود محكومة بالقواعد المكملة التى كانت سارية وقت نشوء العقد يحكمها القانون القديم فى آثارها المستقبلة وفى انقضائها •

٢ ـ وفيما يتعلق بقاعدة عدم رجعية القانون ، فإن أغلب الفقه المصرى يرى أن القانون الجديد لا يجوز أن يرجع إلى الماضى ليعيد النظر فى الوقائع التى نشأت قبل العمل به ، أو فى الآثار التى ترتبت بالفعل وقتئذ عليها ، ولا يرد على هذه القاعدة إلا استثناءان :

الأول : يتعلق بالقوانين التى ينص على رجعيتها صراحة من المشرع الوضعى ، فتسرى على الماضى بناء على ذلك ، إلا فى نطاق القوانين الجنائية المنشئة لجرائم وعقوبات جديدة ، فإن مبدأ عدم الرجعية فيها هو مبدأ دستورى يلزم المشرع الوضعى فضلا عن القضاة والمفسرين •

الثانى : وهو يتعلق بالاستثناء الخاص بالقوانين الجنائية الأصلح للمتهم • وهذا منصوص عليه فى المادة الخامسة من قانون العقوبات المصرى •

أما القوانين التفسيرية فلا استثناء فيها ، لأنها تفسر تشريعا سابقا ولا تتضمن إضافة أى حكم جديد لهذا التشريع الوضعى ، وإنما تهدف فحسب إلى الإفصاح عن قصد المشرع الوضعى

الحقيقى ، ومن ثم تعتبر هذه القوانين جزءا من التشريع الوضعى الذى جاءت مفسرة له [١] .

المطلب الثانى

تطبيق القانون من حيث المكان

١٧٣ — مكان سريان التشريع ومبدأ إقليمية القوانين [٢] :

الأصل أن يسرى التشريع الوضعى على كل شخص فى إقليم الدولة الصادر فيها وألا يتجاوز سريانه نطاق هذا الإقليم [٣] . ويعبر عن هذا الأصل بمبدأ إقليمية القوانين principe de la territorialité des lois وينهض لتبرير هذا المبدأ . أن كل دولة صاحبة سيادة على إقليمها ، وبالتالى يخضع كل شخص على إقليمها لما تصدره من تشريعات بغض النظر عن جنسيته ، أى سواء كان وطنيا أو أجنبيا . وهذا إعمال لمبدأ السيادة من ناحية ، ومظهر لمبدأ عمومية القاعدة القانونية من ناحية أخرى.

---

(١) يراجع فى ذلك : د. عبد المنعم البدراوى فقرة ١٣١ ، و د. عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣١٢ — ص ٣١٤ وراجع الأحكام التى أشار إليها فى ص ٣١٣ هامش ١ ، و د. حسن كيرة فقرة ٢٠٣ ص ٣٧٤ وما بعدها ، و د. عبد الناصر العطار فقرة ٩٦ ص ٢٠٨ وما بعدها .

(٢) يراجع : د. عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٦٣ وما بعدها ، و د. حسن كيرة فقرة ١٧٦ وما بعدها ، و د. مختار القاضى ص ١٦٨ وما بعدها ، و د. منصور مصطفى منصور فقرة ١١٨ وما بعدها ، و د. محمود جمال الدين زكى فقرة ١٢٠ وما بعدها ، و د. عبد الودود ويحيى ص ١٢٢ وما بعدها ، و د. أحمد سلامة فقرة ١٠٧ وما بعدها ، و د. حمدى عبد الرحمن فقرة ١٠٦ وما بعدها ، و د. عبد الناصر العطار فقرة ٩٧ وما بعدها ؛ و د. أحمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن ص ١٢٠ — ص ١٢٣

(٣) لقد بيّن القانون المدنى أحكام تطبيق القانون فى المكان وعلى الأشخاص فى المواد ١٠ إلى ٢٨ منه ، وذلك تحت عنوان « تنازع القوانين من حيث المكان » .

غير أن هذا المبدأ لم يعد يطبق بشكل مطلق ، فمن **الناحية الداخلية** يمكن أن يصدر قانون ليطبق على جزء فقط من إقليم الدولة كمناطق الحدود أو المناطق النائية ، أو مناطق الاضطرابات والقلاقل .

ومن الناحية الدولية — وهذا هو الأهم — أدى انتشار التجارة والتبادل الدولى إلى إعادة النظر فى مسائل القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبى . فنشأت نتيجة لذلك قواعد تبين القانون الواجب التطبيق فى كل حالة شملها القانون الدولى الخاص — الذى سبق لنا الحديث عنه — ومع استقرار قواعد هذا الفرع صار من غير المستبعد أن ينطبق قانون دولة أجنبية على إقليم الدولة . وبهذا ظهر مبدأ آخر يسمى (بمبدأ شخصية القوانين personalité des lois) يقضى بسريان قانون الشخص عليه حتى لو كان مقيما على إقليم دولة غير دولته .

ولكن الراجح فى وقتنا الحاضر أن المبدأ الأساسى هو مبدأ الإقليمية وأن الاستثناء هو السماح بمبدأ شخصية القانون فى حدود معينة [1] .

١٧٤ — الوضع فى القانون المصرى :

قلنا إن المبدأ الأساسى فى القانون المصرى هو إقليمية القانون ، بمعنى أن القوانين المصرية تطبق على كافة المقيمين على إقليم الدولة سواء أكانوا مواطنين أم أجانب ، كما يقضى مبدأ الإقليمية باقتصار تطبيق القانون المصرى على إقليم الدولة المصرية دون أن يستطيع تجاوز هذا الحد . فالمصريون الذين يخرجون عن حدود دولتهم لا يسرى عليهم كمبدأ القانون المصرى .

---

(١) د. احمد سلامة و د. حمدى عبد الرحمن ص ١٢٠ و ١٢١

غير أن هذا المبدأ لا يطبق تطبيقا مطلقـا ، بل ترد عليـه بعض الاستثناءات التى يختلف مداها باختلاف فروع القانون •

١٧٥ ـ استثناءات الإقليمية فى اطار القانون العام :

(أ) هناك استثناء عام من مبدأ الإقليمية تفرضه قواعد القانون الدولى بالنسبة لطائفة معينة من الأفراد ، ويقضى بعدم خضوع رؤسـاء الدول الأجنبية والممثلين الدبلوماسيين فى حدود معينة للقضـاء الوطنى ، وبالتالى للقانون الوطنى أثناء إقامتهم على إقليم الدولة المضيفة •

(ب) أن بعض قواعد القانون الدستورى تتحـدد فى عمومية تطبيقها على جميع الأفراد المقيمين على أرض الدولة بمبدأ شخصية القوانين (personalité des lois)[1] • وذلك بالنسبة للقواعد المتعلقة بالحقوق والحريات والواجبات السياسية • فبالنسبة لهذه المسائل لا يتمتع بما تضعه من امتيازات ولا يتحمل ما تفرضه من التزامات سوى الوطنيين دون الأجانب •

(جـ) بالنسبة لقانون العقوبات فإن أحكامه تطبق فى الأصل تطبيقا إقليميا أى تسرى على كل من يرتكب فى القطر المصرى جريمة من الجرائم المنصوص عليها فيه سواء كان الفاعل مصريا أم لا • وأنه لا يسرى على الجرائم التى ترتكب خارج هذه الحدود حتى ولو كان مرتكب

---

(١) وكانت الدويلات الإيطالية هى أول من اخذ بمبدأ شخصية القوانين. ومرجع ذلك إلى أن إيطاليا كانت قبل اتحادها ، مقسمة إلى دويلات مستقلة، ونظرا لقرب هذه الدويلات بعضها من البعض الآخر ، ولازدهار التجارة بينها ، كثر نزوح الأفراد من دويلة للاقامة فى أخرى ، ومع هذا التحرك المستمر للأفراد بين هذه الدويلات ظهرت شدة وطأة قاعدة إقليمية القوانين مما أدى بهذه الدويلات إلى أن تأخذ فى بعض المسائل ، بمبدأ شخصية القانون . راجع فى هذا المعنى : د. عبد الفتاح عبد الباقى فى ص ٢٦٧ هامش ١

الجريمة مصريا • غير أن هذا المبدأ يلقى استثناء من ناحيتين : فقد يلحق القانون المصرى بعض الأشخاص الموجودين بالخارج مصريين كانوا أم أجانب إذا ما كانت الجرائم التى ارتكبوها كلها أو جزء منها قد وقع على إقليم الدولة المصرية • هذا من ناحية ، ومن ناحية ثانية قد ترتكب فى الخارج جرائم تمس أمن الدولة • فيخضع مرتكبوها للقانون الوطنى ، لأنها جرائم تمس كيان الدولة وكرامتها ، وتؤثر على سيادتها إذا لم تتم مجابهتها فى أى مكان تصله يد القانون الوطنى الحاسمة •

١٧٦ — استثناءات الإقليمية فى إطار القانون الخاص :

تعتبر قواعد القانون الخاص أقل مساسا باعتبارات سيادة الدولة وكرامتها من القانون العام ، لذلك كان من الطبيعى أن تتعدد الاستثناءات فى هذا الفرع من فروع القانون • وقد أفرد القانون المدنى بعض مواده (المواد من ١٠ حتى ٢٨) لوضع معايير لحل التنازع الذى يقوم بين القوانين المختلفة بشأن العلاقات ذات الصفة أو العنصر الأجنبى •

وأهم القواعد التى وردت فى هذا الشأن هى :

(أ) تخضع المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية (مسائل الحالة، الأهلية، الزواج ، الطلاق ، النفقة التى يدفعها الشخص لأقاربه وذويه الميراث ، الوصية) للقانون الشخصى • بمعنى أن القانون الواجب التطبيق هو قانون الجنسية (مواد ١١ — ١٢ — ١٥ — ١٧) مدنى •

(ب) المنازعات المتعلقة بالعقارات تخضع لقانون موقع العقار (م ١٨ مدنى) فقد نصت على أنه : « يسرى على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون الموقع فيما يختص بالعقار » •

(جـ) المنازعات المتعلقة بالمنقولات تخضع لقانون البلد الذى توجد فيه هـذه المنقولات وقت نشوء السبب الذى أدى إلى كسب تلك الحقوق (م ١٨ مدنى) . فقد جاء فيها : « ... ويسرى بالنسبة إلى المنقول قانون الجهة التى يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذى ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها » .

(د) المنازعات المتعلقة بالشكل الواجب إتباعه فى إبرام العقود تخضع لقانون البلد الذى أبرم فيه العقد (م ٢٠ مدنى) .

(هـ) المنازعات المتعلقة بالعقود من حيث الموضوع ، تخضع للقانون الذى اتفق الأطراف على وجوب تطبيقه ، فإن لم يوجد مثل هذا الاتفاق انطبق قانون الدولة التى يوجد فيه موطن الأطراف المشترك ، فإن اختلف موطنهما سرى قانون الدولة التى تم فيهـا العقد (م ١٩ مدنى) .

(و) وفى كل حالة أدت قواعد حل التنازع السالفة الذكر إلى تطبيق قانون أجنبى فى مصر ، يجب ألا تكون أحكام هذا القانون مخالفة للنظام العام فى مصر وإلا وجب على القاضى استبعاد هذا القانون (م ٢٨ مدنى) . فقد جاء فيها النص على أنه : « لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبى عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب فى مصر » .

(تم بعون الله وتوفيقه)

أهم المراجع

١ — د. أحمد حشمت ابو ستيت و د. عبد الرزاق السنهورى :

— اصول القانون ط ١٩٣٨ و ط ١٩٥٠ و ط ١٩٥٢

٢ — د. احمد سلامة :

— المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧٥ و ط ١٩٧٨

٣ — د. احمد سلامة ود. حمدى عبد الرحمن :

— الوجيز فى المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧٠

٤ — توفيق حسن فرج :

— المدخل للعلوم القانونية ط ١٩٧٦

٥ — د. جميل الشرقاوى :

— دروس فى اصول القانون ط ١٩٧٢

٦ — د. جلال العدوى و د. مصطفى الجمال :

— النظرية العامة للقانون ط ١٩٧٥

٧ — د. حسن كيرة :

— اصول القانون ط ١٩٦٠

— محاضرات فى المدخل للقانون ط ١٩٥٤

— المدخل إلى القانون ١٩٧٤

٨ — د. حمدى عبد الرحمن :

— المدخل إلى القانون ط ١٩٧٧

— فكرة القانون ط ١٩٧٩

٩ ـ د. سليمان مرقس :

— محاضرات فى فلسفة القانون (على الآلة الضاربة سنة ١٩٧١) .

— موجز المدخل للعلوم القانونية ط ١٩٥٣

— المدخل للعلوم القانونية ط ١٩٦١

١٠ـ د. سمير عبد السيد تناغو :

— النظرية العامة للقانون ط ١٩٧٤

١١ـ د. شمس الدين الوكيل :

— النظرية العامة للقانون ط ١٩٧٤

١٢ـ صوفى حسن ابو طالب :

— الوجيز فى القانون الرومانى ط ١٩٦٥

— مبادىء تاريخ القانون ط ١٩٧١

— تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية ط ١٩٧٥

١٣ـ د. عبد الحى حجازى :

— المدخل لدراسة العلوم القانونية (نظرية القانون) ط ١٩٧٢ بالكويت .

١٤ـ د. عبد الفتاح عبد الباقى :

— نظرية القانون (الطبعة الخامسة) ١٩٦٦

١٥ـ د. عبد المنعم البدراوى :

— المدخل للعلوم القانونية ط ١٩٦٦

— اصول القانون المدنى ط ١٩٧٠

— مبادىء القانون ط ١٩٧٠ و ١٩٧٢

١٦ـ د. عبد المنعم فرج الصدة :

— دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى (الجزء الأول) نظرية القاعدة القانونية (على الآلة الضاربة سنة ١٩٦٩).

— مبادىء القانون ط ١٩٧٧

١٧- د. عبد الودود يحيى :

- المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧٦
- دروس فى مبادىء القانون ط ١٩٧٨

١٨- د. عبد الناصر توفيق العطار :

- مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ط ١٩٧٩

١٩- د. محمد على إمام :

- محاضرات فى نظرية القانون ط ١٩٥٣

٢٠- د. مختار القاضى :

- اصول القانون ط ١٩٦٧

٢١- د. محمود جمال الدين زكى :

- دروس فى نظرية القاعدة القانونية ط ١٩٥٥
- دروس فى مقدمة الدراسة القانونية ط ١٩٦٤

٢٢- د. منصور مصطفى منصور :

- مذكرات فى المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون) ط ١٩٦١
- دروس فى المدخل لدراسة العلوم القانونية ط ١٩٧٢

٢٣- د. محمد لبيب شنب :

- مبادىء القانون ط ١٩٧٠
- مذكرات فى المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧٦

٢٤- د. محمد على عمران :

- مبادىء العلوم القانونية .

٢٥- د. محمد على عمران و د. حسين النورى :

- مبادىء العلوم القانونية ط ١٩٧٨

٢٦ــ د. مصطفى محمد عرجاوى :

ــ محاضرات فى المدخل لدراسة القانون ــ الكتاب الاول ــ نظرية القانون (على الآلة الضاربة سنة ١٩٨٤) .

٢٧ــ د. كمال عبد العزيز :

ــ الوجيز فى نظرية القانون .

٢٨ــ د. نعمان محمد خليل جمعة :

ــ دروس فى المدخل لعلوم القانونية ط ١٩٧٧ و ١٩٧٨

٢٩ــ د. وجدى راغب :

ــ محاضرات المدخل لدراسة القانون ط ١٩٦٨

الفهرس

الموضــــوع	رقم الصفحة

الموضوع **رقم الصفحة**

رقم الإيداع : ١٩٨٥/٢٠٧٩

المطبعة العربية الحديثة
٨ شارع ٤٧ بالمنطقة الصناعية بالعباسية
تليفون : ٨٢٦٢٨٠ القاهرة